Niveau(x) d'enseignement: 1 Numéro EDUQ : 8470562
Centre d'intérêt: 130

Chevrette, François, 1941-.

Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal / par François Chevrette, Herbert Marx, André Tremblay . -- [Québec] : Ministère de l'éducation : Editeur officiel du Québec, [1972].
83 p. ; 25 cm.

"Etude réalisée sous les auspices du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal". Comprend du texte en anglais. Notes bibliogr. au bas des p.

Descripteur(s): *Restructuration scolaire *Administration scolaire *Structure scolaire *Système scolaire *Droit constitutionnel *Confessionnalité *Préscolaire (Niveau) *Primaire (Niveau) *Secondaire (Niveau)

Identificateur(s) de sujet: *Projet de loi 28 (1971) *Garanties constitutionnelles *Constitution canadienne *Dissidence

Analyser les problèmes constitutionnels que pose le réaménagement des structures scolaires sur l'île de Montréal, tel est l'objet de cette étude qui porte plus particulièrement sur la constitutionnalité du projet de loi no 28 qui vise à opérer ce réaménagement. Il s'agit essentiellement de déterminer la nature et l'étendue des garanties que l'article 93 de la constitution canadienne accorde dans le domaine scolaire, puis d'évaluer si le projet de loi no 28 respecte ces garanties constitutionnelles. Après un examen des antécédents historiques, le document étudie les garanties établies par l'article 93 et les droits et privilèges qui y sont protégés. Il aborde ensuite les problèmes d'interprétation consitutionnelle pour enfin examiner la validité constitutionnelle du projet de loi no 28.

Les conclusions qui se dégagent sont les suivantes: 1. dans l'état actuel du droit positif, le projet de loi no 28 est constitutionnel, sauf en ce qu'il abolit pour le niveau primaire le privilège de dissidence pour les minorités religieuses, au sein de chaque municipalité scolaire; 2. à plusieurs égards, ce projet de loi va même au-delà des exigences de l'article 93; 3. il est possible de soutenir, si on adopte une interprétation large et très évolutive de l'article 93, que le projet de loi no 28 est constitutionnel sans aucune réserve.

Type de document: r

EDUQ 8470562

les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de montréal

par
François Chevrette
Herbert Marx
André Tremblay

Étude réalisée sous les auspices du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal

Ministère de l'Éducation
Gouvernement du Québec

B
61

EDUQ 8470562

les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de montréal

par
François Chevrette
Herbert Marx
André Tremblay

Étude réalisée sous les auspices du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal

MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION
DIRECTION GÉNÉRALE DE
LA PLANIFICATION

Ministère de l'Éducation
Gouvernement du Québec

Dépôt légal — Bibliothèque Nationale du Québec

Table des matières

	Page
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER : Les antécédents historiques de l'article 93 A.A.N.B.	3
Section I. Les débats confédératifs de 1865	3
Section II. Les versions préparatoires	6
CHAPITRE II : Les garanties de l'article 93 A.A.N.B.	11
Section I. Analyse générale de l'article 93	12
A. La garantie devait exister en 1867 et être inscrite dans une loi	12
B. Le sens des mots « droit », « privilège », « pouvoirs » et « devoirs »	14
C. Le sens du mot « préjudicier » (" prejudicially affect ")	17
D. La classe protégée	19
E. La nature de la protection accordée	21
Section II. Les droits et privilèges protégés	23
A. Analyse statutaire générale	24
B. Le droit à la dissidence et le statut particulier de la Ville de Montréal	29
C. Le contrôle académique, administratif et financier des écoles	35
D. Le niveau d'enseignement protégé	48
CHAPITRE III : Problèmes d'interprétation constitutionnelle	53
Section I. Caractères généraux de l'interprétation constitutionnelle	53
Section II. L'interprétation constitutionnelle de l'article 93 A.A.N.B.	63
CHAPITRE IV : Le projet de loi numéro 28	69
Section I. Analyse générale	70
A. Pouvoirs financiers	73
B. Pouvoirs fiscaux	74
C. Pouvoir de direction pédagogique	76
D. Pouvoir de gestion et de contrôle des écoles	76
Section II. Le problème de la confessionnalité	77
CONCLUSION	81

Introduction

L'objet de la présente étude est d'analyser les problèmes constitutionnels que pose le réaménagement des structures scolaires sur l'île de Montréal et plus particulièrement d'apprécier la constitutionnalité du projet de loi québécois numéro 28 qui vise à opérer ce réaménagement (1).

La question qui se pose est essentiellement celle de savoir quelle est la nature et quelle est l'étendue des garanties que l'article 93 de la constitution canadienne (2) accorde dans le domaine scolaire et dans quelle mesure le projet de loi québécois numéro 28 respecte ou ne respecte pas ces garanties constitutionnelles. L'article 93 A.A.N.B. est une disposition qui a reçu de nombreuses applications au cours de l'histoire constitutionnelle canadienne et qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. Aussi est-il nécessaire pour connaître la nature et l'étendue des garanties qu'il établit d'en faire une étude approfondie. Par ailleurs, étant donné que la question spécifique qui nous concerne ici a trait à la constitutionnalité du projet de loi numéro 28, il est nécessaire aussi de procéder à l'analyse de celui-ci en vue d'en apprécier la validité constitutionnelle.

Dans cette perspective les trois premiers chapitres de cette étude seront consacrés à un examen général de l'article 93 A.A.N.B., un dernier chapitre, le quatrième, portant sur le projet de loi numéro 28 dans une double perspective d'analyse statutaire et d'appréciation constitutionnelle de sa portée générale (section I) et de celles de ses dispositions qui concernent spécifiquement la confessionnalité

(1) Le projet de loi a pour titre : **Loi concernant la restructuration des commissions scolaires sur l'île de Montréal**, Assemblée Nationale du Québec, deuxième session, vingt-neuvième Législature.

(2) Toute référence subséquente à la constitution canadienne sera faite sous le sigle A.A.N.B. (Acte de l'Amérique du Nord britannique).

(section II). Après un premier chapitre, de caractère introductif, consacré aux antécédents historiques de l'article 93 A.A.N.B., nous analyserons les diverses garanties établies par cet article, telles que dégagées de l'analyse textuelle que l'on peut en faire et de la jurisprudence à laquelle il a donné lieu. Ce sera l'objet du chapitre second. Un chapitre troisième sera consacré à l'interprétation judiciaire des textes constitutionnels, d'abord sur un plan général (section I), ensuite en référence particulière aux questions scolaires (section II). L'étude se terminera par une présentation synthétique des conclusions concernant d'une part la portée des garanties de l'article 93 A.A.N.B. et d'autre part la validité constitutionnelle des diverses mesures contenues dans le projet de loi numéro 28.

Chapitre premier

Les antécédents historiques de l'article 93 A.A.N.B.

Quels furent les antécédents historiques immédiats de l'article 93 A.A.N.B., tels qu'ils ressortent en particulier des débats confédératifs ? Quels furent aussi ses antécédents plus strictement juridiques, c'est-à-dire les différentes rédactions préparatoires à la disposition constitutionnelle telle qu'on la connaît actuellement ? Ce sont ces deux seules questions qui feront l'objet du développement qui suit, une étude historique plus fouillée du problème scolaire débordant largement les cadres de la présente étude.

SECTION I. **Les débats confédératifs de 1865.**

Autant il semblait essentiel aux hommes politiques canadiens-français de l'époque que la future province de Québec conserve sa compétence législative sur une matière aussi importante au point de vue sociologique que l'éducation (3), autant la minorité protestante de cette province insista-t-elle pour que cette compétence soit assortie de certaines restrictions, dans la crainte de politiques scolaires éventuelles d'un pouvoir provincial à majorité catholique. Cette inquiétude se retrouvait aussi et pour les mêmes raisons chez les catholiques du Haut-Canada (4). Les protestants du Bas-Canada réclamèrent donc des garanties constitutionnelles en matière scolaire (5). Au cours des débats confédératifs, ils insistèrent pour que la **Loi sur l'instruction publique** (6) soit modifiée de sorte que leurs droits soient mieux

(3) Voir par exemple : **Débats sur la Confédération** (1865), p. 379 (H.L. Langevin), p. 796 (O'Halloran).

(4) **Id.**, p. 269 (Dorion, de Hochelaga), p. 341 (Ryan, de Victoria).

(5) Voir par exemple : **Id.**, p. 18 (Holton, de Chateauguay), p. 416 (Rose, de Montréal-Centre). Pour les protestants il s'agissait d'une « appréhension au sujet de l'éducation élémentaire », **idem**, p. 415 (Rose).

(6) S.R. du Bas-Canada, 1861, ch. 15. Le titre officiel de la loi était : **Loi concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure, — et les écoles normales et communes.**

protégés (7). Un projet de loi en ce sens fut déposé, et malgré la promesse faite (8), il fut retiré avant d'être adopté.

Signalons qu'il est clair qu'à l'époque de la Confédération les députés du Haut-Canada n'étaient pas favorables au système dit d'écoles séparées confessionnelles. S'ils firent des concessions à ce sujet, ce fut dans le souci de rallier les catholiques dont les exigences à cet égard étaient fort strictes. « C'est une des concessions que nous avons dû faire pour assurer l'adoption de cette grande mesure de réforme » (9), c'est-à-dire la Confédération. De toute évidence le règlement de la question religieuse était pour les catholiques un pré-requis à l'établissement du nouveau régime (10). Mais du même coup, ce règlement se trouvait aussi à servir les protestants du Bas-Canada. En effet en novembre 1866, immédiatement avant la conférence de Londres, l'Association provinciale des professeurs protestants du Bas-Canada fit parvenir à la Reine une requête demandant que des garanties concernant l'éducation protestante au Bas-Canada fassent non seulement l'objet d'un texte de loi mais qu'elles soient même consacrées par le futur texte constitutionnel réalisant l'Union (11).

Bien que les membres de cette Association aient préféré un système non-confessionnel d'éducation, ils favorisaient le maintien du système d'écoles séparées confessionnelles dans la mesure où ce système avait pour effet pratique de préserver l'autonomie de leur secteur propre d'éducation et d'exclure la possibilité que les protestants aient à fréquenter des écoles confessionnelles catholiques.

Dans ce contexte, on s'explique mieux pourquoi les protections qu'on envisagea et qui furent subséquemment consacrées par les

(7) **Débats**, pages 315, 416, 665.

(8) **Id.**, p. 315 (Sir E.P. Taché, premier ministre), p. 665 (Galt, ministre des finances), p. 669 (Macdonald, procureur général de l'Ouest du Canada).

(9) **Id.**, p. 95.

(10) **Id.**, p. 191. On l'a d'ailleurs clairement reconnu dans l'affaire **Brophy c. A.G. Manitoba**, (1895) A.C. 202, aux pages 213 et 214.

(11) Cette requête est reproduite dans POPE, J., **Confederation Documents** 1895, p. 309-311. On y signale les désavantages que le système d'éducation du Bas-Canada procurait aux protestants et dont l'effet aurait été d'inciter plusieurs à partir et d'en décourager d'autres de s'y installer. D'autres requêtes furent aussi présentées, notamment par des catholiques influents et par le Collège McGill.

deux premiers paragraphes de l'article 93 A.A.N.B. furent des protections des droits scolaires des minorités religieuses seulement, comme nous le verrons en détail au cours d'un développement à venir. Cela ne fait pas de doute, ni au plan historique ni en jurisprudence (12). À l'époque de l'adoption de la constitution canadienne Lord Carnavon, parrain du projet de loi, avait déclaré que le but du futur article 93 était « de garantir à la minorité religieuse d'une province les mêmes droits et privilèges et la même protection dont la minorité religieuse de l'autre province pouvait bénéficier » (13).

Pour le Conseil privé, l'histoire de la question des écoles séparées en Ontario avait été très correctement résumée par le juge en chef Meredith d'Ontario dans les termes suivants :

> « La raison pour laquelle les catholiques romains réclamaient des écoles séparées était l'injustice qu'il y aurait eu pour eux à être tenus de contribuer au maintien d'écoles auxquelles, à cause du caractère de l'enseignement qu'on y donnait, **ils ne pouvaient pour des motifs de conscience,** envoyer leurs enfants. Pour eux il était essentiel au bien-être et à la bonne éducation de leurs enfants que ceux-ci reçoivent un enseignement religieux conforme aux exigences de l'Église catholique ; cela faisait partie de leur formation scolaire » (14).

Les protestants du Bas-Canada favorisaient aussi le système des écoles séparées pour des raisons de conscience, mais négatives en quelque sorte en tel sens que ce système leur garantissait que leurs enfants n'auraient pas à fréquenter des écoles catholiques.

Telles sont les origines historiques immédiates de l'article 93 du texte constitutionnel canadien.

Il nous reste à examiner par quels cheminements de rédaction cet article en est arrivé à la forme qu'on lui connaît actuellement.

(12) **Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell**, (1917) A.C. 62.

(13) House of Lords, Hansard's **Parliamentary Debates**, 3ième série, 19 février 1867, p. 565. Cité dans : **In re certain statutes of Manitoba relating to Education** (Affaire **Brophy**), (1894), 22 R.C.S. 577, p. 672.

(14) **Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation**, (1917) A.C. 76, à la page 82 (les caractères noirs sont des auteurs). Traduction libre, ainsi que les subséquentes.

SECTION II. **Les versions préparatoires.**

Par rapport à la version des résolutions de Québec (résolution 43, paragraphe 6), le texte final de l'article 93 A.A.N.B. contient un certain nombre de modifications, les unes ayant pour effet d'accorder une plus grande protection aux droits scolaires des minorités, les autres ayant l'effet inverse (15). La résolution 43, paragraphe 6 des résolutions de Québec se lisait comme suit (16) :

« 43. Les législatures locales auront le pouvoir de faire des lois sur les sujets suivants :

.....

6. L'éducation, (sauf les droits et privilèges que les minorités catholiques ou protestantes dans les deux Canada posséderont par rapport à leurs écoles séparées au moment de l'Union) » (17).

" 43. The Local Legislatures shall have power to make laws respecting the following subjects :

.....

6. Education ; saving the rights and privileges which the Protestant or Catholic minority in both Canadas may possess as to their denominational schools, at the time when the Union goes into operation. "

1° Le mot « sauf » (" saving ") fut remplacé dans la version finale par « rien dans cette législation ne devra préjudicier à ..... » (" nothing in any such law shall prejudicially affect ..... ") et l'on peut concevoir que cette substitution eut pour effet d'élargir la compétence des provinces en tel sens que celles-ci peuvent légiférer relativement à « un droit ou privilège » à condition de n'y pas porter préjudice.

2° C'est une compétence **exclusive** que le paragraphe introductif de l'article 93 accorde aux provinces en matière d'éducation.

3° « Dans les deux Canada » (" in both Canadas "), devint « dans la province » (" in the Province ") ce qui eut pour effet en 1867 d'étendre la garantie à la Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

(15) Pour différentes versions préparatoires de l'article 93, voir : POPE, **op. cit.**, note 11.

(16) Cette résolution est discutée dans l'affaire **Tiny Separate School Trustees c. The King**, (1928) A.C. 363, page 370.

(17) On en trouve le texte français dans les **Débats sur la Confédération** 1865, p. 1025 et le texte anglais dans POPE, **op. cit.**, note 11, p. 47.

4° « Minorités catholiques ou protestantes » (" Protestant or Catholic minority ") devint « une classe particulière de personnes » (" any class of persons ").

5° « Posséderont » (" may possess ") devint « que la loi attribue » (" have by law "), ce qui eut pour effet comme nous le verrons de ne consacrer que les droits ou privilèges reconnus par un texte de loi.

6° Le paragraphe 2 de l'article 93 fut ajouté lors de la Conférence de Londres du 4 décembre 1866 (résolution 42).

7° À cette même occasion on ajouta ce qui correspond en substance aux paragraphes 3 et 4 de l'actuel article 93 (résolution 41, paragraphe 7 des résolutions de Londres) (18). Les deux paragraphes instituent une protection plus large que celle octroyée par les deux précédents aux droits des minorités en matière d'éducation. Ils prévoient la possibilité d'un appel au gouverneur-général en conseil de même que l'adoption par le parlement central de lois dites rémédiatrices (19). Toutefois ce genre de protection s'est avéré illusoire par le passé et le serait encore aujourd'hui car il est tout à fait improbable que le gouvernement ou le parlement fédéral intervienne jamais pour redresser les torts qu'une loi provinciale pourrait porter aux droits des minorités en matière d'éducation (20).

Voici le texte final de l'article 93 A.A.N.B., dans sa version officielle d'abord (21) puis dans sa traduction française (22) :

(18) Cela fut proposé par Alexander Galt, champion défenseur des droits des protestants du Bas-Canada. Voir POPE, **op. cit.**, note 11, p. 112.

(19) La possibilité d'un tel recours fut admise judiciairement pour la première fois dans l'affaire **Brophy c. A.G. Manitoba**, (1895) A.C. 202. Par la suite le Conseil privé a souvent reconnu pour les minorités catholiques ou protestantes la possibilité de l'exercer, au seul cas toutefois où la protection judiciaire des deux précédents paragraphes ne leur serait pas ouverte. Voir par exemple l'affaire **Tiny**, note 16, à la page 389.

(20) Sur l'inaction du pouvoir central lors de la crise scolaire au Manitoba, voir SCHMEISER, D.A., **Civil Liberties in Canada**, 1964, p. 162-166; lors de la crise scolaire d'Ontario, au moment de l'adoption du règlement 17, voir : MARX, H., **Language Rights in the Canadian Constitution**, (1967), 2 R.J. Thémis, 239, p. 263-265. Suivant certains auteurs le recours serait même tombé aujourd'hui en désuétude. Voir DAWSON, R.M., **The Government of Canada**, 4ième éd., 1963, p. 90.

(21) Du fait que **l'Acte de l'Amérique du Nord britannique** est une loi anglaise (30-31 Vict., ch. 30, U.K.), seul le texte anglais a un caractère officiel. L'article 93 A.A.N.B. étant expressément soustrait à la compétence du parlement central comme à celle des provinces (art. 91, 1 A.A.N.B.), seul le parlement du Royaume-Uni pourrait le modifier ou l'abroger.

(22) Traduction de E.A. Driedger.

" 93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions :

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union :

(2) All the Powers, Privileges, and Duties at the Union by Law, conferred and imposed in Upper Canada on the Separate Schools and Schools Trustees of the Queen's Roman Catholic Subjects shall be and the same are hereby extended to the Dissentient Schools of The Queen's Protestant and Roman Catholic Subjects in Quebec :

(3) Where in any Province a System of Separate or Dissentient Schools exists by Law at the Union or is thereafter established by the Legislature of the Province, an Appeal shall lie to the Governor General in Council from any act or Decision of any Provincial Authority affecting any

« 93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles ;

(2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec ;

(3) Dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la Législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité

Right or Privilege of the Protestant or Roman Catholic Minority of the Queen's Subjects in relation to Education :

(4) In case any such Provincial Law as from Time to Time seems to the Governor General in Council requisite for the due Execution of the Provisions of this Section is not made, or in case any Decision of the Governor General in Council on any appeal under this Section is not duly executed by the proper Provincial Authority in that Behalf, then and in every such Case, and as far only as the Circumstances of each Case require, the Parliament of Canada may make remedial Laws for the due Execution of the Provisions of this Section and of any Decision of the Governor General in Council under this section."

provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation ;

(4) Lorsqu'on n'aura pas édicté la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, — ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce, — le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article. »

Chapitre II

Les garanties de l'article 93 A.A.N.B.

Au cours de ce chapitre nous analyserons la nature et la portée des garanties scolaires accordées par l'article 93 A.A.N.B. en 1867 aux minorités religieuses au Québec. Par garanties scolaires il faut entendre un certain nombre de bénéfices légaux relatifs aux écoles confessionnelles ou dissidentes que l'article 93 A.A.N.B. est venu constitutionnaliser en 1867 et qui dès lors échappent à la compétence de l'Assemblée Nationale du Québec, du gouvernement ou de quelque organisme gouvernemental que ce soit. Ces garanties constituent par conséquent des exceptions ou des restrictions à la compétence exclusive de la province en matière d'éducation, et ne sauraient évidemment empêcher la province de légiférer en d'autres matières. Ainsi il est clair que si une municipalité en a reçu le pouvoir par la loi, elle pourra adopter un règlement de zonage interdisant la construction d'écoles sur une rue donnée, et ce règlement s'appliquera aux écoles confessionnelles comme aux autres écoles. Il s'agira tout simplement d'un règlement de nature municipale (23) et l'on ne pourrait prétendre que le droit pour une minorité d'ériger une école sur cette rue en soit un garanti par l'article 93 A.A.N.B.

À certains égards les garanties constitutionnelles établies par l'article 93 A.A.N.B. sont clairement déterminées par le droit positif actuel. À beaucoup d'autres, toutefois, elles ne le sont pas encore et attendent de l'être par le pouvoir judiciaire. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire **Hirsch** les membres du Conseil privé ont indiqué que la législature de Québec avait en matière scolaire « une large mesure de liberté pour satisfaire les exigences des cir-

(23) **Toronto Corporation c. Roman Catholic Separate Schools Trustees**, (1926) A.C. 81. L'article 93 « est une restriction au pouvoir de la province d'adopter des lois relatives à l'éducation, mais il ne saurait empêcher que les dispositions d'une loi municipale concernant les édifices ou autres matières ayant trait à la santé et au bien-être de la population s'appliquent aux écoles confessionnelles comme à tous les autres édifices » (p. 88).

constances et des besoins nouveaux à mesure qu'ils se présentaient » (24). Mais qu'est-ce à dire et où tirer la ligne entre les mesures scolaires que la province peut constitutionnellement adopter et celles qu'elle ne peut adopter sans enfreindre les droits ou privilèges protégés des protestants ou des catholiques romains ?

C'est à ce genre de questions que nous tenterons ici d'apporter une réponse. Et puisque, comme on l'a déjà fait observer, les recours prévus aux paragraphes 3 et 4 de l'article 93 sont d'un caractère politique et très possiblement désuets aujourd'hui, c'est aux seules protections instituées par les deux premiers paragraphes de ce même article que se bornera l'étude qui suit.

Pour mener à bien cette étude il apparaît utile dans un premier temps de procéder à une analyse générale des dispositions de l'article 93, en référence à la fois à son texte même et à la jurisprudence qui l'a élucidé. Dans un second temps et après avoir dégagé les conditions générales d'application de cet article, nous ferons porter notre attention sur des questions plus spécifiques, en particulier sur les droits et privilèges effectivement possédés par les catholiques et les protestants de Montréal en 1867.

SECTION I. **Analyse générale de l'article 93.**

La formulation de l'article 93 est assez stricte et il appert à sa seule lecture que l'application de cet article est soumise à un certain nombre de conditions précises. Nous les analyserons une à une.

A) La garantie devait exister en 1867 et être inscrite dans une loi.

Les droits et privilèges protégés par l'article 93 sont ceux qui existaient « lors de l'Union » et qui étaient conférés « par la loi ». Ces deux conditions ressortent du texte même du premier paragraphe de la disposition. La jurisprudence en a aussi reconnu l'existence.

C'est ainsi que dans l'affaire **Maher c. Town of Portland** (25) la Cour suprême du Nouveau-Brunswick (26) et le Conseil privé à sa suite (27) ont décidé que les écoles publiques de cette province

(24) **Hirsch c. Protestant School Commissioners of Montreal**, (1928) A.C. 200, à la page 215.

(25) 1874, Conseil privé. Rapporté dans WHEELER, G.J., **Confederation Law of Canada**, 1896, p. 362.

(26) **Ex parte Renaud and Others**, 1 Pugsley New Brunswick Reports, p. 273. Sub. nom. **Maher c. Town of Portland**, au Conseil privé.

(27) **Supra**, note 25.

avaient acquis pour beaucoup en 1867 un caractère confessionnel non pas en vertu de la loi mais par l'effet d'une simple tolérance, qu'aucun texte de loi n'avait jamais consacrée. En conséquence ce caractère confessionnel ne se trouvait en aucune façon protégé par l'article 93 (28). C'est un jugement de la même inspiration que rendit le Comité judiciaire dans la célèbre affaire **Barrett** (29). Renversant une décision unanime de la Cour suprême du Canada (30), ce tribunal établit que vu qu'il n'existait pas d'écoles confessionnelles publiques au Manitoba lors de l'entrée de cette province dans la Confédération en 1870, des écoles de ce genre ayant été instaurées peu de temps après, le seul droit constitutionnellement garanti pour les catholiques en matière d'écoles confessionnelles dans cette province était le droit pour eux de continuer d'avoir des écoles confessionnelles privées, sans pour autant obtenir d'être exemptés de contribuer financièrement au système scolaire public non-confessionnel une fois celui-ci établi (31).

De cette jurisprudence il ressort clairement que pour bénéficier de la protection de l'article 93, un droit ou privilège devait exister en 1867 et tirer son existence d'un texte de loi (32). Notons toutefois que bien qu'un droit ou privilège ne soit pas exercé en fait, il n'en perd pas pour autant la protection de l'article 93 s'il rencontre les exigences mentionnées plus haut. Ainsi par exemple, bien que les écoles protestantes de Montréal soient en fait largement non-confessionnelles (33), leurs droits et privilèges en tant qu'écoles confessionnelles sont quand même toujours maintenus.

(28) Ce raisonnement vaudrait aussi pour les écoles communes du Québec en dehors des villes de Montréal et de Québec (**infra**). Voir l'affaire **Hirsch**, **supra**, note 20, p. 210. Le fait que les écoles communes du Québec sont en pratique des écoles confessionnelles sans l'être de droit a été qualifié comme un « phénomène sociologique n'équivalant pas à une règle juridique ». HURTUBISE, R., **La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles**, (1962-1963), 65 R. du N. 167, à la page 171.

(29) **City of Winnipeg c. Barrett**, (1892) A.C. 445.

(30) **Barrett c. City of Winnipeg**, (1891) R.C.S. 374.

(31) Notons que dans le cas du Manitoba la protection constitutionnelle s'étendait aux droits ou privilèges conférés « par la loi ou par la coutume (practice) ». **Acte du Manitoba**, 33 Vict. S. Can. 1870, ch. 3, art. 22.

(32) Sous réserve de ce qui est dit à la note précédente dans le cas du Manitoba.

(33) Le professeur Perry Meyer, ancien membre du Conseil Supérieur de l'Éducation, fait observer : « Depuis quelques années déjà le système protestant dans la région de Montréal est devenu une sorte de système non-confessionnel en pratique, et certaines écoles ont même offert non seulement des cours de religion protestante mais de moralité générale et de judaisme comme alternative. » **The Montreal Star**, 16 octobre 1971, p. 19.

Les écoles confessionnelles ou les organismes scolaires institués après la Confédération ne jouissent pas, nous l'avons vu, de la protection constitutionnelle de l'article 93. En conséquence, des organismes comme le " Protestant School Board of Greater Montreal " (P.S.B.G.M.) ou la Commission des écoles catholiques de Montréal (C.E.C.M.) pourraient être dissous par l'Assemblée nationale. De la même façon, une simple permission, expresse ou implicite, d'ouvrir certaines écoles confessionnelles, que cette permission ait été donnée avant ou après la Confédération, ne crée ni droit ni privilège constitutionnellement garanti (34).

En résumé le paragraphe 1 de l'article 93 ne protège que les droits et privilèges établis par une loi pré-confédérative (35) et le Conseil privé a déjà rejeté expressément la possibilité qu'un droit soit constitutionnellement protégé comme prenant sa source dans le droit naturel (36). Si un droit ou privilège n'est pas établi par une loi pré-confédérative, le pouvoir judiciaire ne lui accordera aucune protection constitutionnelle.

B) Le sens des mots « droit », « privilège », « pouvoirs » et « devoirs ».

Les mots « droit » et « privilège » avaient en droit anglais au moment de la Confédération, tout comme aujourd'hui d'ailleurs, un sens juridique assez précis. Pour qu'un « droit » (" right ") en soit un véritable, il faut qu'il ait une origine légale et sans cette preuve aucun droit ne peut exister (37). Il s'agit d'une faculté dont une personne ou un groupe de personnes est investi et qui lui permet de réclamer pour soi ou pour son patrimoine la réalisation d'une chose ; on y trouve un aspect d'exigibilité susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux. Quant au concept de « privilège » il désigne essentielle-

(34) Affaire **Tiny**, **supra**, note 16, p. 387.

(35) Voir les affaires **Barrett** (**supra**, note 29),**Hirsch** (**supra**, note 24, pages 209-210), **Ex parte Renaud** (**supra**, note 26), enfin l'affaire **Mackell** (**supra**, note 12) où l'on a encore établi qu'un droit ou privilège garanti par l'article 93 « est un droit ou privilège, et n'inclut pas une coutume, instruction ou privilège d'un caractère volontaire qui à l'époque d'adoption de l'A.A.N.B. aurait pu être en application ».

(36) Voir l'affaire **Mackell** (**supra**, note 12). À l'argument à l'effet que le règlement 17 d'Ontario contrevenait à un droit naturel de la population francophone, le Conseil privé a répliqué : « ..... mais à moins que ce droit n'en soit un garanti par la loi de 1867, on ne peut rien faire contre une telle interférence » (p. 74). Voir aussi l'affaire **Barrett** (**supra**, note 29, p. 454-455).

(37) Per Hatherly, C. in **Warrick c. Queen's College** 6, Ch., 726. Per Pollock, C.B. in **Gibson c. Doeg** 27, L.J.Ex., 40. Per Bramwell, L.J., in **Penryn c. Best** 3, Ex. D. 299. Cités dans **Stroud's Judicial Dictionary**, 2ième éd., vol. 4, p. 2609.

ment « quelque avantage accordé à un individu ou à un groupe d'individus, un droit ayant pour titulaire quelques personnes, par opposition à un droit dont tous bénéficient » (38). Le privilège a par conséquent un caractère exceptionnel et exorbitant du droit commun. Ainsi des communications privilégiées et du privilège contre l'auto-incrimination en droit criminel, des privilèges attachés aux fonctions judiciaires ou parlementaires, etc. (39). En raison du caractère exceptionnel et exorbitant du droit commun du privilège, toute loi qui en confère devrait recevoir une interprétation restrictive (40).

Quant aux mots « pouvoirs » et « devoirs », observons immédiatement que c'est au paragraphe 2 de l'article 93 qu'on les trouve employés. Ce paragraphe étend aux écoles dissidentes, catholiques ou protestantes, du Québec les mêmes « pouvoirs, privilèges et devoirs » que ceux conférés ou imposés aux écoles séparées et aux syndics d'écoles catholiques d'Ontario en 1867 (41). Or il arrive que cette disposition ne saurait s'appliquer aux écoles confessionnelles de Montréal et de Québec telles que délimitées territorialement en 1867, du fait que ces deux villes ne connaissaient pas le système de la dissidence prévalant dans le reste du Québec ; on n'y trouvait

(38) Cette définition est tirée de **Words and Phrases (judicially defined)**, 1969, v. 4, p. 180 et de l'affaire **Le Strange c. Pettefer** (1936), 161 L.T. p. 300 par Lord Luxmore.

(39) Voir à ce sujet : Lord Westbury dans **Bladen c. Higgs** (1865), 11, H.L. Cas. 621 à la page 631. **Wharthon's Law Lexicon**, 12ième éd., 1916, p. 584. BLACKSTONE, W., **Commentaries of the Laws of England**, 2ième éd., 1766, pages 2 et 37. BROWN, A., **A New Law Dictionary**, 2ième éd., 1880, p. 424. HOHFELD, W.N., **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**, 1923, p. 45.

(40) " Acts which establish monopolies, or confer exceptional exemptions and privileges correlatively trenching on general rights are subject to the same principle of strict construction. " **MAXWELL on the Interpretation of Statutes**, 11ième éd., p. 285.

(41) L'inverse n'est cependant pas vrai et les écoles séparées d'Ontario ne bénéficient pas des « pouvoirs, privilèges et devoirs » des écoles dissidentes et des syndics d'écoles du Québec en 1867. À ce sujet la résolution suivante avait été présentée par Bourassa, de St-Jean, lors des débats sur la Confédération mais elle a été défaite :

> « Que les mots suivants soient ajoutés à la motion principale : Et qu'il soit donné instruction audit comité de pourvoir à ce que la minorité catholique romaine du Haut-Canada soit mise sur le même pied, quant à l'éducation, que la minorité protestante du Bas-Canada, sous les gouvernements locaux de la Confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord ».

aucune école dissidente mais seulement des écoles confessionnelles, les unes catholiques et les autres protestantes (42).

Cela mis à part, on peut s'étonner de ce que ces deux termes de « pouvoirs » et de « devoirs » ne se retrouvent qu'au paragraphe 2 de l'article 93 et qu'ils soient absents du paragraphe 1. On pourrait aller jusqu'à en tirer la conclusion suivante : les mots « pouvoirs » et « devoirs » étant présents au paragraphe 2 et absents au paragraphe 1, celui-ci ne garantirait que ce qui, dans les lois pré-confédérales du Bas-Canada, était octroyé aux catholiques ou aux protestants en terme de « droit » et de « privilège » et non en terme de « pouvoir » et de « devoir ». Quand il impose un devoir (" duty ") le législateur le dit normalement en ces termes : « Il sera du devoir des commissaires ..... » ; quand il confère un droit (" right ") il écrit habituellement : « Les syndics auront droit de recevoir ..... » (43). Dans cette perspective le paragraphe 1 de l'article 93 ne garantirait que les « droits » et « privilèges » à l'exclusion des « pouvoirs » et des « devoirs », puisque lorsque le législateur entend constitutionnaliser ces derniers il le fait expressément, comme en témoigne le paragraphe 2, et qu'il est présumé avoir voulu donner un sens aux distinctions terminologiques que l'on retrouve dans les textes de loi (44). Les « pouvoirs » et les « devoirs » conférés par les lois pré-confédérales du Bas-Canada en 1867 relativement aux écoles confessionnelles seraient donc moins certainement garantis par les « droits » et « privilèges ».

C'est une interprétation possible des deux premiers paragraphes de l'article 93. Il en est cependant une autre. On peut la formuler de la façon suivante. Le paragraphe 1 de l'article 93 ayant pour effet de garantir les « droits ou privilèges » des catholiques et des protestants (45) et non des syndics d'écoles seulement, on peut considérer qu'il est assez large dans sa formulation pour inclure non seulement les droits de ceux-ci mais aussi leurs pouvoirs et devoirs, plusieurs des devoirs des syndics pouvant être considérés comme des droits pour

(42) Notons aussi qu'un auteur qui a beaucoup étudié la question en est venu à la conclusion que le recours politique institué par les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 n'avait pas d'application aux écoles de Montréal et de Québec, pas plus que le paragraphe 2 de ce même article, du fait qu'il ne s'agit pas d'écoles dissidentes. HOULE, G., **Le cadre juridique de l'administration scolaire locale au Québec** (annexe au Rapport Parent), 1966, p. 160.

(43) Voir : **Loi de l'instruction publique, supra**, note 6, articles 55(2), 64, 133.

(44) Voir : **Craies on Statute Law**, 6ième éd., 1963, p. 169 et 174; DRIEDGER, E.A., **The Composition of Legislation**, 1957, p. 125.

(45) Voir **infra**, le développement consacré à la classe protégée.

la population, catholique ou protestante (46). À l'inverse, le paragraphe 2 de l'article 93 ne parlant que des syndics du Haut-Canada, il devenait nécessaire de garantir non seulement leurs pouvoirs et privilèges mais aussi leurs devoirs, qui pour beaucoup peuvent être considérés comme des droits pour la population. Cette interprétation rendrait compte des différences terminologiques de l'article 93 tout en étant plus libérale au niveau de l'identification des bénéfices scolaires statutaires qu'il garantit.

C) Le sens du mot « préjudicier » (" prejudicially affect ").

L'article 93 dans son premier paragraphe n'interdit pas d'une façon absolue à une province de légiférer sur des matières objets d'un droit ou d'un privilège garanti. Il ne fait que lui interdire de légiférer de façon à préjudicier à ce droit ou privilège. Qu'est-ce à dire ?

Dans la langue comme dans le droit anglais le préjudice est un terme assez général qui peut désigner tout " injury, detriment or damage, caused to a person by a judgment or action in which his rights are disregarded " (47). Le mot anglais " prejudice " recouvre le tort ou le dommage ; il recouvre aussi l' " injury " qui comprend l'obstacle ou la nuisance. La jurisprudence a établi que les expressions « de façon nuisible » (" injuriously ") ou « de façon désavantageuse » (" disadvantageously ") étaient synonymes de l'expression « de façon préjudiciable » (" prejudicially ") (48). Dans l'affaire **Barrett** le juge Patterson a adopté une interprétation très large des mots " injuriously affected " tels qu'utilisés dans les clauses d'indemnité des lois sur les chemins de fer notamment et a soumis l'analogie suivante :

> « ... La jurisprudence s'accorde à reconnaître comme quelque chose qui affecte de façon dommageable le droit de propriété d'un individu tout ce qui diminue sa possibilité d'en jouir ... ou l'empêche d'en bénéficier

(46) Ainsi le devoir, pour les commissaires et les syndics, d'engager des maîtres ou de régler « le cours d'études » peut être considéré comme un droit pour les enfants et les parents. Il est certain qu'à chaque droit reconnu par la loi (" right ") correspond un devoir (" duty ") qui est la reconnaissance de ce droit. On reconnaît toutefois en philosophie du droit que l'inverse n'est pas absolument vrai et qu'il existe des devoirs absolus auxquels correspond ce que Hohfeld appelle un " no-right ". DIAS, R.W.M., **Jurisprudence**, 3ième éd., 1970, p. 253. **Austin on Jurisprudence**, 1ère éd. v. 1, p. 396 à 398.

(47) **The Oxford English Dictionary**, V. III, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 1275.

(48) **Barrett c. City of Winnipeg**, (1892), 19 R.C.S. 374, à la page 388.

au maximum, que l'empêchement soit permanent ou seulement temporaire. Suivant le même principe il faut tenir que le droit d'une classe de personnes relativement aux écoles confessionnelles est affecté de façon dommageable (" injuriously affected ") si l'effet de la loi scolaire adoptée est de rendre plus difficile ou moins commode l'exercice de ce droit pour le plus grand avantage de son titulaire » (49).

Cette définition plutôt large des termes " prejudicially affect " a été complètement rejetée par le Conseil privé. Dans l'affaire **Tiny** le vicomte Haldane a établi que le paragraphe premier de l'article 93 n'était pas violé même si « il peut arriver que les nouvelles lois « d'Ontario » gênent la liberté des catholiques romains dans leurs écoles confessionnelles » (50).

« Il est possible qu'une atteinte à un droit ou privilège légal n'implique pas dans tous les cas qu'un tel droit ou privilège ait été affecté de façon préjudiciable » (51). Ainsi on a déjà jugé qu'une loi affectait une minorité de façon avantageuse (52), que l'article 93 n'empêchait pas « qu'on puisse remédier aux défauts ou qu'on puisse améliorer le fonctionnement du système d'écoles séparées » (53), que les dépenses justifiées faites par des personnes ayant illégalement acquis la direction du système scolaire ne causaient pas de préjudice (54), enfin qu'une province pouvait validement établir des écoles séparées pour des personnes autres que catholiques ou pro-

(49) **Id.**, p. 424. La décision unanime de la Cour suprême déclarant invalide la loi du Manitoba a été renversée par le Conseil privé.

(50) **Supra**, note 16, à la page 389. Observons que le vicomte Haldane avait une excellente connaissance des problèmes posés par l'art. 93. Avocat dans l'affaire **Brophy (supra**, note 10) il avait ensuite siégé dans les affaires **Mackell (supra**, note 12), **Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation**, (**supra**, note 14), **Ottawa Separate School Trustees v. The Quebec Bank**, (1920) A.C. 230, **Toronto Corporation (supra**, note 23) et **Hirsch (supra**, note 24).

(51) **Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation, supra**, note 14, à la page 81.

(52) **Regina Public School Trustees c. Gratian Separate School Trustees**, (1914), 7 W.W.R. 7 (C.A. Sask.); renversé pour d'autres motifs dans 50 R.C.S. 598. Toutefois la loi fut revisée et subséquemment jugée valide : (1919) W.W.R. 769.

(53) **Belleville Roman Catholic School Trustees c. Grainger**, (1878), 25 Grant 570; aussi rapporté dans CARTER, F.G., **Judicial Decisions on Denominational Schools**, 1962, p. 14. Il s'agissait de modifier la position et le mode d'élection des syndics.

(54) **Ottawa Separate Schools Trustees c. The Quebec Bank, supra**, note 50.

testantes sans que cette mesure puisse être considérée comme affectant ces dernières de façon préjudiciable (55).

Peut-être le plus flagrant préjudice jamais causé aux droits et privilèges scolaires l'a-t-il été par cette loi d'Ontario qui suspendait tous les droits des syndics d'écoles séparées et substituait à ces derniers une commission dont tous les membres étaient nommés par le gouvernement et au sein de laquelle les contribuables catholiques n'avaient aucun droit de se faire entendre. Les droits et privilèges scolaires des catholiques leur étaient ainsi « retirés en totalité pour un temps indéfini » (56). Le Conseil privé n'a pu faire autrement que de déclarer cette loi **ultra vires.**

Notons enfin que dans l'affaire **Hirsch** on a jugé que les mesures législatives ayant les effets suivants enfreignaient le paragraphe premier de l'article 93 : nommer des juifs au " Protestant Board of School Commissioners of the City of Montreal ", organisme créé par une loi pré-confédérative de 1861 ; obliger cet organisme à engager des professeurs juifs, enfin forcer les écoles dissidentes protestantes à admettre des étudiants juifs. Évidemment les mêmes prohibitions vaudraient pour tous les non-protestants, ou pour tous les non-catholiques à l'égard des écoles confessionnelles catholiques.

De l'examen qui précède il ressort que de l'affaire **Barrett** à l'affaire **Tiny** le Conseil privé a donné une interprétation plutôt étroite au mot « préjudicier » et a eu tendance à reconnaître aux législatures provinciales un champ assez vaste pour exercer leur compétence exclusive en matière d'éducation.

D) La classe protégée.

Il ne fait aucun doute, dans l'état actuel du droit, que l'expression « classe particulière de personnes » de l'article 93 réfère à des groupes « déterminés suivant la croyance religieuse et non suivant la race ou la langue » (57). Il doit s'agir de personnes qui « sont liées les unes aux autres par une croyance religieuse commune » (58). Mais quelles sont les croyances religieuses qui se trouvent ainsi protégées ?

(55) **Hirsch**, **supra**, note 24, pages 215-216.

(56) **Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation**, (**supra**, note 14, à la page 81).

(57) **Mackell**, **supra**, note 12, p. 69. Voir aussi à la page 74.

(58) **Hirsch**, **supra**, note 24, p. 209. Voir aussi à la page 212.

Bien que l'article 93 (1) réfère à « quelque classe particulière de personnes », à l'opposé du paragraphe second de ce même article qui réfère spécifiquement aux catholiques romains et aux protestants, il semble assez bien établi maintenant que cette expression ne vise elle aussi que les personnes de ces deux dernières confessions (59).

Encore qu'il faille souligner la difficulté de définir le terme « protestants ». Les catholiques romains sont plus aisément identifiables en tel sens qu'il s'agit de cette classe de personnes qui reconnait l'autorité du Pape (60). Il n'en va pas de même des protestants.

Le Conseil privé a déjà expressément rejeté une définition du mot « protestants » qui visait à y inclure tous les non-catholiques. Dans l'affaire **Hirsch** (61) les juifs ont été clairement exclus de la portée de cette définition, et l'on peut en déduire aisément que les mahométans, les hindous et tous les non-chrétiens en sont exclus aussi.

Pourrait-on soutenir cependant que le mot « protestants » englobe toutes les sectes chrétiennes non-catholiques ? Dans l'affaire **Perron v. les syndics d'écoles de la Municipalité de Rouyn** (62) le juge Bissonnette écrivait : « ..... pour être considéré comme protestant, il suffit d'être chrétien et de répudier l'autorité du pape » (63). Cette définition a été vivement critiquée (64) et elle semble en effet difficilement recevable. De nouvelles sectes qui se présentent comme chrétiennes font continuellement leur apparition, dans l'Ouest du Canada et en Californie en particulier. Dira-t-on qu'il était dans l'intention des Pères

(59) Voir HURTUBISE, **loc. cit**, note 28, pages 171-172; **Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners**, (1926), R.C.S. 246, à la page 255. Le Conseil privé n'a pas spécifiquement souscrit à ce point de vue. Notons toutefois qu'aucune loi pré-confédérative du Bas-Canada ne spécifiait de confession particulière pour l'exercice du privilège de dissidence, alors qu'au Haut-Canada ce privilège ne bénéficiait que la confession catholique et la confession protestante, cette dernière envisagée comme unique. Voir CARIGNAN, P., **L'établissement du système confessionnel d'enseignement sous le régime de l'Union**, Thémis, 1964, v. 14, p. 266.

(60) Dans **Pander c. Town of Melville**, (1922) 3 W.W.R. 53 les grecs catholiques ruthéniens, par opposition aux grecs orthodoxes, ont été classifiés comme catholiques romains.

(61) **Supra**, note 24.

(62) (1955) B.R. 841.

(63) **Id.**, p. 845. On a décidé dans cette affaire que le mot « protestants » incluait les témoins de Jéhovah.

(64) Voir HURTUBISE, **supra**, note 28, pages 174-175. Cet auteur prétend qu'il ne s'agit que des diverses sectes protestantes issues de la Réforme.

de la Confédération de les considérer comme des « classes de personnes » au sens de l'article 93 ? Le moins qu'on puisse dire est que cela est fort douteux.

On peut donc déduire que dans l'état actuel du droit les classes de personnes dont il est question à l'article 93 seraient au nombre de deux : d'une part les catholiques romains et d'autre part les diverses sectes protestantes et formant pour les fins de l'article 93 un ensemble unique.

E) La nature de la protection accordée.

La protection constitutionnelle accordée par le paragraphe premier de l'article 93 en est une « relativement aux écoles confessionnelles ». Qu'est-ce à dire ?

Rappelons tout d'abord qu'il existe au Québec, sauf dans les villes de Montréal et de Québec, deux types d'écoles : des écoles dites communes et des écoles dites dissidentes. Les premières sont juridiquement (65) non-confessionnelles et l'ensemble de la population y a accès. Quant aux secondes elles sont confessionnelles, catholiques ou protestantes et on y a accès à condition d'être de la même confession que la minorité qui les a mises sur pied. Cependant à Montréal et à Québec il n'existe que des écoles communes, qui sont en même temps des écoles confessionnelles, catholiques et protestantes, sans toutefois que l'accès aux unes ou aux autres ne soit réservé en exclusivité aux individus de cette même confession.

Mais qu'est-ce qu'une école confessionnelle ? On l'a déjà définie comme « une école où sont enseignés les préceptes d'une confession particulière, à l'exception de tous autres d'une autre confession » (66). Cette définition, de caractère très étroit, contraste beaucoup avec une autre, beaucoup plus large, qui se présente comme suit :

> « L'école confessionnelle, entendue juridiquement, serait celle qui, de par la loi, est établie par et pour des personnes d'une même religion, qui fonctionne sous leur contrôle exclusif, qui est supportée financièrement par

(65) **Supra**, note 28.

(66) **Maher v. Town of Portland**, **supra**, note 25, p. 363. Pour une analyse de cette question, voir : HOULE, G., **op. cit.**, note 42, pages 102-103, et SENAY, R., **Le sens des articles 93 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867) et 22 de l'Acte du Manitoba**, (1968), 3 R.J. Thémis 197, pages 204-206. Certes, il existe des écoles confessionnelles où plusieurs religions sont enseignées : **supra**, note 33. Mais c'est par l'effet d'une tolérance et on pourrait fort bien n'y enseigner en l'occurrence que la religion protestante.

> des taxes qui leur sont imposées comme membres d'une même religion, où l'enseignement est conforme aux préceptes de cette religion et donné par des maîtres choisis par eux, et où l'admission n'est réservée de droit qu'aux enfants de cette confession » (67).

Laquelle de ces deux définitions correspond à ce qu'est une « école confessionnelle » au sens de l'article 93 ? Il est certain que dans son esprit l'article 93 vise à garantir la confessionnalité de l'enseignement telle que cette confessionnalité se présentait en 1867, c'est-à-dire au niveau de l'enseignement dispensé dans les écoles dissidentes de la province et dans les écoles de Montréal et de Québec. À ce titre l'objectif final de cet article est de nature religieuse et il ne fait pas de doute que cet objectif ait été constitutionnalisé. Reste la question de savoir si c'est cet objectif final seul qui l'a été, ou si ne l'ont pas été aussi certains moyens concrets d'y parvenir, c'est-à-dire un certain nombre de pouvoirs et de structures administratives assurant que la confessionnalité de l'enseignement serait en pratique respectée et maintenue. La réponse à cette question ne fait pas de doute non plus : on a aussi constitutionnalisé un certain nombre de moyens d'y parvenir et le texte même de l'article 93 semble clair à ce sujet puisqu'il parle de « droit ou privilège ..... relativement aux écoles confessionnelles » au lieu de parler plus simplement « d'écoles confessionnelles ».

Remarquons qu'en eux-mêmes et considérés isolément ces moyens n'ont pas nécessairement une nature religieuse, car il pourra éventuellement s'agir de pouvoirs financiers, du pouvoir d'engager des maîtres, etc. Mais il demeure que ces moyens doivent être relatifs à la confessionnalité de l'enseignement et reliés directement au maintien de celle-ci. Dans cette perspective on ne voit pas comment l'article 93 pourrait garantir des pouvoirs en matière linguistique par exemple, ceux-ci n'ayant aucun rapport avec le maintien du caractère confessionnel de l'école, à la différence de certains autres pouvoirs et structures de type administratif que nous verrons et dont on peut soutenir qu'ils en garantissaient fortement l'existence en 1867 (68).

(67) HOULE, G., **op. cit.**, note 42, p. 103. Cette définition nous apparaît trop large. Voir par exemple notre développement sur le contrôle des écoles.

(68) Dans l'affaire **Mackell** (**supra**, note 12), Lord Buckmaster a clairement établi que « le seul article de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 ayant trait à l'usage des langues anglaise ou française (art. 133) ne concernait pas l'éducation » (p. 74) et que la protection constitutionnelle accordée par l'article 93 portait sur « un droit ou privilège relié à l'enseignement confessionnel » (p. 71).

Il nous faut examiner maintenant quels sont précisément ces droits et privilèges existant statutairement en 1867 et dont l'article 93 est venu garantir le maintien. Mais avant de procéder à cet examen, résumons schématiquement, en nous inspirant d'une étude de Me Guy Houle (69), les conditions générales d'application de l'article 93. Pour réclamer la protection de cet article, on doit être en présence :

1) d'un droit ou privilège relatif à une école confessionnelle
2) dont jouissait une classe particulière de personnes
3) en vertu d'une loi
4) en vigueur au moment de l'Union
5) et auquel on porte préjudice.

Il est à peine besoin d'ajouter que celui qui veut réclamer cette protection doit avoir l'intérêt requis pour ce faire et que le fardeau de la preuve repose sur ses épaules (70).

SECTION II. **Les droits et privilèges protégés.**

On sait que les divers bénéfices légaux que garantissent les deux premiers paragraphes de l'article 93 doivent être recherchés dans la législation qui se trouvait en vigueur au moment de la Confédération, tout particulièrement en ce qui concerne le Québec dans la **loi sur l'instruction publique** du Bas-Canada (71) à laquelle réfère implicitement le paragraphe 1 de l'article 93 et dans la **loi pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées** (72), loi du Haut-Canada à laquelle réfère implicitement le paragraphe 2 de cette même disposition. Il convient au départ de présenter une analyse générale de cette législation pour mieux être en mesure de déterminer ensuite quelles parties ont pu en être constitutionnalisées et dans quelle mesure elles l'ont été.

(69) HOULE, G., **op. cit.**, note 42, p. 104.

(70) Le préjudice souffert peut être si évident qu'il n'est pas même besoin de l'établir. Voir l'affaire **Ottawa Corporation**, **supra**, note 14, p. 82.

(71) **Supra**, note 6.

(72) 1863, 26 Vict. ch. 5.

A) Analyse statutaire générale.

En vertu de la **loi sur l'instruction publique** du Bas-Canada (73) les écoles confessionnelles sont d'une part celles de Montréal et de Québec et d'autre part les écoles dissidentes établies en vertu des articles 55 et suivants.

À Montréal, la corporation municipale devait, conformément à l'article 130, nommer douze commissaires d'écoles, dont six catholiques romains et six protestants qui formaient deux corporations scolaires distinctes jouissant, à quelques différences près, des mêmes droits, pouvoirs et devoirs que les corporations de commissaires chargées de l'administration des écoles publiques (non-confessionnelles) dans les autres parties de la province. Énumérons ces droits, pouvoirs et devoirs des corporations de commissaires pour ensuite dégager les différences que l'on observait pour Montréal et pour les écoles dissidentes (confessionnelles) du reste de la province.

Droits, pouvoirs et devoirs des commissaires :

1. pouvoir de recevoir les deniers affectés aux écoles et distribués par le surintendant de l'éducation (art. 24(1) ; voir no 24).
2. devoir d'établir une école commune dans chaque municipalité (art. 27).
3. devoir pour les commissaires de partager la municipalité en arrondissements d'écoles (art. 31).
4. pouvoir de la commission de faire ce qu'un corps politique et incorporé peut faire (art. 53).
5. droit de la commission à la propriété des écoles, terrains, et autres biens meubles et immeubles appartenant aux écoles communes (art. 54).
6. devoir des commissaires de choisir le président et le trésorier de la commission scolaire (art. 59) et pouvoir des commissaires d'augmenter la rémunération du secrétaire-trésorier (art. 62).
7. devoir d'acquérir pour la corporation scolaire des biens meubles et immeubles pour les fins de l'éducation (art. 64(2)).

(73) **Supra**, note 6.

8. devoir de construire et de réparer les écoles (a... 64(3)).

9. pouvoir d'imposer des cotisations pour l'achat, construction ou entretien des écoles (art. 64(5)).

10. devoir d'engager de temps à autre et de renvoyer les maîtres « dans les écoles sous leur contrôle » (art. 65(1)).

11. devoir de régler « le cours d'étude à suivre dans chaque école » (art. 65(2)).

12. devoir de « pourvoir à ce que dans les écoles sous leur juridiction on ne se serve que des livres approuvés et recommandés par le conseil de l'instruction publique » (art. 65(2)).

13. devoir d'établir « des règles générales pour la régie des écoles » (art. 65(2)).

14. devoir d'entendre et décider les contestations relatives aux écoles entre parents ou les enfants et les instituteurs (art. 65(3)).

15. devoir de fixer la rétribution mensuelle (distincte des cotisations) (art. 65(4)).

16. pouvoir d'établir une école de filles séparée de celle des garçons (art. 70).

17. devoir de faire le recensement des enfants d'âge scolaire (art. 71).

18. devoir des commissaires de visiter ou inspecter les écoles « publiques » (art. 72).

19. devoir de tenir des registres de leurs procédés et des comptes corrects (art. 72(3)).

20. devoir des commissaires d'écoles de faire prélever par voie de répartition et cotisation une somme égale à celle accordée sur le fonds commun des écoles (art. 73).

21. pouvoir de prélever, par voie de répartition et cotisation, des sommes additionnelles, estimées nécessaires pour le soutien des écoles sous leur contrôle (art. 74). (Il s'agit de « surtaxe » qui est applicable aussi à Montréal et à Québec).

22. devoir de prélever une somme additionnelle n'excédant pas 30% des cotisations susdites destinées à combler les déficits éventuels (art. 75).

23. pouvoir de procéder aux évaluations des propriétés et de les modifier, l'évaluation municipale servant de base (art. 76 à 79).

24. droit de recevoir, selon certaines conditions, du surintendant de l'éducation, chaque année, la part de la municipalité et provenant du fonds des écoles communes (art. 88).

25. pouvoir de payer à même le fonds général et local (entre leurs mains) des dépenses contingentes auxquelles la loi ne pourvoit pas (art. 89).

26. devoir des commissaires de distribuer les deniers des écoles en part égale entre les arrondissements d'écoles de telle municipalité en proportion du nombre d'enfants de sept à quatorze ans y résidant (art. 94).

27. devoir d'utiliser les sommes dépensées conformément à certaines normes (art. 100 à 102).

28. droit pour les écoles confessionnelles d'être visitées par des visiteurs de la même confessionnalité (art. 121).

29. pouvoir des commissaires d'intenter des actions en justice pour recouvrer les cotisations des écoles et les rétributions mensuelles (art. 123).

Droits, pouvoirs et devoirs des commissaires de Montréal :

Par l'article 128 de la loi se trouvent étendus à Montréal les devoirs et pouvoirs énumérés plus haut. Toutefois,

1. Montréal était considéré comme formant une municipalité scolaire unique pour les fins de la loi (art. 129).

2. Montréal ne devait pas être divisé en arrondissements scolaires (art. 129).

3. la cité de Montréal ou, à son défaut, le surintendant de l'éducation devait nommer les commissaires d'écoles (art. 130).

4. les commissaires n'avaient pas le devoir d'imposer de taxes pour les fins des écoles communes (art. 131).

5. le trésorier de la cité de Montréal devait, à même les deniers municipaux, payer à chacune des corporations scolaires, « et proportionnellement au chiffre de la population de la croyance religieuse » représentée par chacune de ces corporations, une somme égale à celle revenant à la cité sur le fonds des écoles

communes, « laquelle sera employée pour les fins desdites écoles sous la direction desdits bureaux des commissaires d'écoles respectivement » (art. 131).

6. un droit était octroyé à chacun des bureaux des commissaires de recouvrer en justice le montant dû par la ville au cas de refus de celle-ci de payer ce montant (art. 131).

7. la cité de Montréal avait le pouvoir de payer une somme additionnelle égale à celle qu'elle devait payer aux bureaux des commissaires d'écoles, et une autre somme additionnelle de trente pour cent (art. 132).

8. la cité de Montréal avait le droit de recevoir du fonds commun des écoles que le quart des sommes qu'elle aurait eu autrement le droit de recevoir (art. 133).

Droits et privilèges reconnus en dehors de Québec et de Montréal relativement aux écoles confessionnelles :

L'article 55 de la loi de 1861 établit le droit à la dissidence. Il donne le droit à « un nombre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de cette municipalité », de signifier collectivement leur « dissentiment » au président des commissaires d'écoles et de lui soumettre les noms de trois syndics choisis par eux, lorsque les règlements et arrangements desdits commissaires pour la régie d'une école ne leur conviennent pas (art. 55(1)).

Les pouvoirs, devoirs et droits des syndics sont les suivants :

1. ils ont les mêmes droits, devoirs et pouvoirs que les commissaires d'écoles, mais la régie des écoles sous leur contrôle seulement (art. 55(2)).

2. pouvoir des syndics d'établir une ou plusieurs écoles soumises aux autres dispositions de la loi (art. 55(2)).

3. droit des dissidents de recevoir, par l'intermédiaire des syndics, leur part du fonds général ou local en proportion du chiffre de leur population (art. 55(2)).

4. droit de se faire remettre les deniers prélevés par cotisation avec une juste proportion des deniers du fonds de construction (art. 55(4)).

5. droit des syndics des écoles dissidentes de percevoir eux-mêmes les cotisations imposées sur les dissidents (art. 57(1) et 58).

6. droit pour les syndics de recevoir aussi la rétribution mensuelle (art. 57(2)).

7. les syndics forment une corporation et ont le droit de recevoir du surintendant de l'éducation des parts du fonds général des écoles (proportionnellement à leur population) ainsi qu'une semblable part du fonds de construction (art. 57(3)).

8. les syndics ont le pouvoir d'établir leurs propres arrondissements d'écoles, et ont les mêmes devoirs en matières financières que les commissaires d'écoles (art. 57(4)).

Si l'on examine maintenant la législation du Haut-Canada, essentiellement la **loi pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées** (74), on s'aperçoit que le privilège fondamental qu'elle établit se trouve à l'article 2 qui permet aux catholiques de manifester leur dissidence et pour ce faire d'établir un système d'écoles séparées et d'élire des syndics. Les autres dispositions de la loi prévoient des moyens matériels en vue de transposer dans la pratique le privilège formellement reconnu. C'est ainsi que l'article 2 confère le pouvoir de convoquer une réunion pour l'établissement de telles écoles, l'article 5 prévoit que les syndics formeront une corporation, l'article 6 accorde aux contribuables le droit de convertir leurs arrondissements d'écoles en arrondissement uni d'écoles séparées (75) et l'article 7 consacre le pouvoir d'imposer et de percevoir des taxes de la part des dissidents et de les soustraire à l'obligation de payer la taxe pour les écoles communes (art. 14). L'article 12 permet aux syndics de recevoir les enfants appartenant à d'autres arrondissements scolaires. L'article 18 autorise tout catholique romain à retirer son appui aux écoles séparées, enfin l'article 20 donne aux catholiques le droit de recevoir une part des fonds octroyés annuellement par la loi pour le soutien des écoles communes ainsi qu'un droit à une part des octrois publics, placements et allocations votés par la province ou les municipalités pour les écoles communes.

(74) **Supra**, note 72.

(75) Il s'agit d'un mode de regroupement différent de celui reconnu par la loi générale intitulée : **An Act respecting Common Schools in Upper Canada**, Consolidated Statutes for Upper Canada, 22 Vict. 1859, ch. 64, art. 32.

Quels sont, parmi tous ces droits, privilèges, pouvoirs et devoirs, ceux qui auraient reçu une protection constitutionnelle véritable par l'effet de l'article 93 ?

B) Le droit à la dissidence et le statut particulier de la Ville de Montréal.

De l'analyse statutaire qui précède il ressort que de toute évidence le privilège le plus fondamental que soit venu garantir l'article 93 est le privilège dit de la dissidence. Il s'agit de la possibilité légale qu'a une minorité religieuse, catholique ou protestante, au sein d'une municipalité scolaire donnée, de se séparer du système scolaire local de droit commun et d'établir ses propres écoles confessionnelles. Ce privilège appartient à « un nombre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de telle municipalité » qui peut l'exercer, aux termes mêmes de la loi, lorsque les règlements et arrangements faits par les commissaires ne lui conviennent pas, c'est-à-dire en pratique à sa discrétion, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir les raisons de sa dissidence et sans que ces raisons ne soient limitées à des raisons de caractère religieux (76).

L'école dissidente est de droit une école confessionnelle. On peut légalement n'y enseigner que les préceptes de la religion de la minorité et n'y admettre que les élèves de cette même confession. Et la possibilité des mêmes exigences se retrouve au niveau des administrateurs ou syndics (77). Bien évidemment il en va différemment dans le cas des écoles communes de la majorité qui juridiquement sont des écoles non-confessionnelles, ouvertes à tous et gérées par des administrateurs sans égard à leur croyance. Comme toutefois elles sont confessionnelles de fait, ceux qui les fréquentent et qui ne

(76) Le texte de l'article 55 de la **loi sur l'instruction publique** (**supra**, note 6) se lit comme suit :

> « Si, dans quelque municipalité que ce soit, les règlements et arrangements des commissaires d'école pour la régie d'une école, ne conviennent pas à un nombre quelconque d'habitants professant une croyance religieuse différente de celle de la majorité des habitants de telle municipalité, lesdits habitants dissidents collectivement pourront signifier leur dissentiment par écrit au président desdits commissaires, et lui soumettre les noms de trois syndics choisis par eux pour les fins de cet acte ..... »

(77) Il semble que de fait les administrateurs des écoles confessionnelles n'ont pas à prouver à quelle religion ils adhèrent. Sans aucun doute s'en trouve-t-il qui ont été baptisés mais qui ne professent aucune religion et ils peuvent en pratique être athés ou agnostiques.

partagent pas les croyances du groupe de personnes (78) qui les contrôle ont droit d'être exemptés des enseignements religieux qui s'y donnent (79), et il ne saurait en être autrement dans une province où la fréquentation scolaire est obligatoire et où par ailleurs « il n'existe pas de religion d'État » (80).

À notre avis l'article 93 garantit le privilège de dissidence dans les traits essentiels que nous venons de décrire, à savoir la confessionnalité de l'enseignement, catholique ou protestant, à l'école dissidente, le fait que l'on puisse toujours n'y admettre que des élèves de l'une ou l'autre de ces confessions, selon le cas, enfin le fait que ce type d'école soit géré par les administrateurs spéciaux élus par la population dissidente et dont on peut exiger qu'ils soient aussi de cette confession. Le privilège de dissidence, tel que défini et sous réserve de précisions ultérieures, en particulier quant au niveau d'enseignement, est la pierre angulaire de toute la législation pré-confédérale en matière de confessionnalité scolaire. À ce titre nous croyons qu'aucune loi scolaire québécoise ne peut aller à l'encontre de ce privilège. Toutefois la question de savoir dans quelle mesure les droits et privilèges particuliers relatifs aux écoles dissidentes, notamment en matières académique, financière et administrative, ont pu être garantis par l'article 93, fera l'objet d'un développement subséquent. L'opinion qui précède n'a trait qu'au privilège de dissidence dans ses caractères essentiels, tels qu'antérieurement définis.

Mais il arrive qu'en vertu de la législation pré-confédérale du Bas-Canada le système de l'école dissidente, on le sait, n'existait pas sur le territoire de Montréal de l'époque non plus que de Québec. On ne trouvait dans ces villes que des écoles confessionnelles, les unes catholiques et les autres protestantes, gérées respectivement par des catholiques et des protestants qui n'étaient pas élus mais bien nommés. Toutefois les personnes professant ni l'une ni l'autre de ces religions avaient le droit strict d'être admis aux unes ou aux autres, sans cependant avoir le droit strict de participer à leur administration à titre de commissaires. On a déjà expliqué ce système particulier par le fait qu'au moment où il a été institué il existait déjà dans ces deux

(78) Il vaut mieux parler ici de groupe que de classe dans la mesure où il peut s'agir d'un groupe majoritairement ni catholique ni protestant et qui à ce titre ne peut former une classe.

(79) **Chabot c. les commissaires d'écoles de Lamorandière**, (1957) B.R. 707. Voir aussi HOULE, **supra**, note 42, pages 116 à 128 qui analyse cette question de façon approfondie.

(80) **Chaput c. Romain**, (1951) R.C.S. 265, à la page 277.

villes une importante population catholique et protestante et qu'il était par conséquent préférable d'établir immédiatement des écoles confessionnelles pour desservir ces deux catégories de gens au lieu de consacrer, comme sur le reste du territoire, un droit théorique à la dissidence qui de toute façon aurait été immédiatement exercé (81).

Aussi la question qui se pose est-elle de savoir dans quelle mesure l'article 93 a-t-il eu pour effet de constitutionnaliser ou de garantir les caractères essentiels de ce système spécial que nous venons de rappeler, sans égard pour le moment, comme dans le cas du privilège de dissidence, aux droits et privilèges particuliers que la loi accordait, spécialement aux commissaires de Montréal.

Une première réponse consisterait à dire que ces caractères ont été garantis par le paragraphe 1 de l'article 93, compte tenu du fait que ce paragraphe s'applique aux écoles confessionnelles, par conséquent aux écoles de Montréal, et non aux seules écoles dissidentes. L'article 93 se trouverait dès lors à protéger non plus deux mais bien quatre classes de personnes, à savoir les catholiques et protestants de l'ensemble du Québec et les catholiques et protestants de Montréal et de Québec, ces derniers se trouvant à bénéficier d'un statut constitutionnel particulier, précédemment décrit et qui se trouverait lui aussi protégé. Dans cette perspective, qu'adviendrait-il d'une part de l'annexion à Montréal de territoires qui en 1867 n'en faisaient pas partie, et d'autre part du détachement de Montréal de territoires qui à cette même époque y étaient rattachés (82) ?

Dans le cas d'une annexion à Montréal, le Conseil privé a établi dans l'affaire **Hirsch** qu' « il est clair qu'aucune annexion de territoire (à la Ville de Montréal) postérieure à l'Union ne peut priver quelque classe de personnes de la protection que la loi de 1867 est venue lui accorder » (83). Comme l'a bien montré Me Guy Houle dans son analyse de la question (84), l'annexion à Montréal ne saurait créer de préjudice à la population scolaire, catholique ou protestante, fréquentant les écoles communes du simple fait que celle-ci irait d'un

(81) Voir l'affaire **Hirsch**, **supra**, note 24, p. 210.

(82) Dans l'affaire **Hirsch** (**supra**, note 24) on prend pour acquis que la Ville de Montréal au sens de la loi de 1861 correspond à la Ville de Montréal telle qu'elle existait en 1867. À la Cour suprême le juge Anglin avait bien spécifié que le territoire où s'appliquaient les garanties dont il est question ici était celui de Montréal dans ses délimitations de 1867. (1926) R.C.S. à la page 259. Il semble que le Conseil privé a souscrit à ce point de vue (p. 213).

(83) **Supra**, note 24, p. 213.

(84) HOULE, **supra**, note 42, pages 158-159.

système non-confessionnel à un système confessionnel et qu'incontestablement ses privilèges en matière confessionnelle se trouveraient augmentés. Le cas de la population dissidente est moins simple et l'on pourrait soutenir que, passant de l'école dissidente à l'école confessionnelle, catholique ou protestante, elle perdrait le privilège de l'école pouvant ne regrouper que des individus de sa propre confession, car on sait que l'école confessionnelle de Montréal ne bénéficie pas de ce privilège ; elle perdrait aussi le privilège d'élire ses propres syndics car comme on le sait les commissaires de Montréal en 1867 n'étaient pas élus par la population. Dans le cas inverse d'un détachement de Montréal de territoires qui en 1867 y étaient rattachés, ce détachement ne préjudicierait pas à la classe de personnes, catholiques ou protestantes, appelée à avoir le statut de classe dissidente sous le nouveau régime scolaire. Ses droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles se trouveraient augmentés. Mais il en irait tout autrement de l'autre classe, majoritaire sous le nouveau régime et dans la nouvelle délimitation territoriale ; rattachée à un système scolaire non-confessionnel, elle perdrait en droit tous ses droits et privilèges antérieurs.

Ainsi l'on se rend compte que dans un cas comme dans l'autre, de graves obstacles constitutionnels se présentent. Les réaménagements territoriaux pour des fins scolaires entre le Montréal de 1867 et le reste de la province deviennent difficilement réalisables.

Mais à notre avis cette première opinion n'est pas la seule possible, et il en est une deuxième qui est celle que pour notre part nous favorisons. On peut la formuler de la façon suivante. La **loi sur l'instruction publique** de 1861, dans son article 30, octroyait au gouverneur en conseil le pouvoir de « changer les limites des municipalités existantes pour les fins des écoles, les subdiviser, ou en établir de nouvelles » (85), et puisqu'il n'était fait mention d'aucune restriction pour les villes de Montréal et de Québec, il nous semble certain que ce pouvoir pouvait être exercé aussi dans leur cas. En effet quand cette loi a voulu apporter des restrictions à un pouvoir de ce genre elle l'a fait expressément (86) et rien en l'occurrence ne permet de soustraire le territoire des municipalités scolaires de Montréal et de Québec au pouvoir octroyé ; d'autant moins que le texte même de la loi invite

(85) **Supra**, note 6, art. 30.

(86) Voir par exemple l'article 21(4) de cette même loi. Par cet article le Conseil d'Instruction publique reçoit le pouvoir général de choisir les livres d'études, à l'exception expresse des livres de morale et de religion. Voir **infra** sur l'interprétation de cet article.

à une interprétation contraire, en tel sens que l'article 30 commence par le mot « mais », ce qui apparaît le relier nettement aux articles précédents où le statut territorial, pour des fins scolaires, de Montréal et de Québec se trouve établi (arts 27-28). Il était donc possible au gouverneur en conseil en 1867 de modifier le territoire de Montréal pour des fins scolaires, et cela de la façon déjà décrite, c'est-à-dire par l'annexion à Montréal de territoires qui à cette époque n'en faisaient pas partie ou par l'opération inverse de détachement de ce territoire de certaines de ses portions.

Certes on peut toujours soutenir, comme nous l'avons vu, que l'annexion à Montréal préjudicie à la population dissidente du territoire annexé et que le détachement préjudicie à la population, catholique ou protestante, appelée à devenir majoritaire dans la municipalité scolaire dont elle fait désormais partie. Toutefois dans ce dernier cas il faut bien voir que ce préjudice n'est pas différent de celui que peut éventuellement souffrir toute population scolaire dissidente de n'importe quelle partie du territoire québécois, par l'effet d'un réaménagement territorial que le gouverneur en conseil peut légalement opérer et qui aurait pour effet de la rendre majoritaire. On peut en déduire par conséquent qu'il ne s'agirait pas constitutionnellement d'un préjudice, au sens de l'article 93. Il s'agirait d'un simple réaménagement territorial que la législation en vigueur en 1867 permettait et qui à ce titre continuerait d'être permis. Le privilège de la dissidence se trouve en effet subordonné à la nécessité d'être minoritaire au sein d'un territoire scolaire donné, et il en résulte que l'autorité gouvernementale compétente pour décider des délimitations territoriales se trouve à l'être aussi pour faire perdre ou acquérir ce privilège aux catholiques ou aux protestants, suivant qu'elle les rend partie de la majorité ou de la minorité. De la même façon, le statut juridique des catholiques ou protestants de Montréal serait en dépendance des délimitations territoriales de cette ville, qui elles-mêmes dépendent de la compétence du gouverneur en conseil.

D'ailleurs comment pourrait-on admettre que le fait de devenir majoritaire puisse causer un préjudice ? Le droit à la dissidence a été reconnu pour éviter que la minorité ne soit soumise à l'école commune de la majorité. Devenant lui-même majoritaire dans une municipalité donnée, un groupe religieux pourrait-il se plaindre de souffrir un préjudice ?

L'interprétation qui précède se trouve du reste corroborée par le fait que sous l'empire de la loi de 1861 le privilège de dissidence, tel qu'octroyé à l'ensemble du territoire à l'exception de Montréal

et de Québec, constituait la véritable pierre angulaire du système de confessionnalité scolaire ; il s'agissait d'un privilège de principe pour ainsi dire, alors que le statut scolaire particulier de Montréal et de Québec, dans la mesure où il dérogeait au régime de droit commun, avait un caractère accidentel et s'expliquait par la composition même de la population (87).

Il en résulterait donc que les droits et privilèges particuliers à Montréal en matière de confessionnalité scolaire et dérogatoires au régime commun de la dissidence n'auraient pas un caractère constitutionnel ou protégé, en tel sens qu'ils peuvent être modifiés ou abrogés par l'effet de réaménagements territoriaux justifiés et qui ne sont pas de simples prétextes pour opérer des modifications au système de confessionnalité scolaire (88). En opérant de tels réaménagements territoriaux, la province pourrait par conséquent les faire disparaître, pourvu que sous le nouveau régime institué la minorité, catholique ou protestante selon le cas, puisse bénéficier du privilège de droit commun, soit celui de la dissidence tel que décrit antérieurement.

En ce qui concerne les annexions à Montréal de territoires qui en 1867 n'en faisaient pas partie, il faut se rappeler que celles-ci comportent les inconvénients suivants : elles font perdre aux dissidents la possibilité d'avoir des écoles que ne fréquentent que des gens de leur confession et leur font perdre aussi le droit d'élire leurs administrateurs scolaires. L'affaire **Hirsch** a établi que la perte de ces privilèges leur causerait un préjudice au sens de l'article 93 (89).

En résumé le privilège essentiel que l'article 93 aurait pour effet de garantir serait à notre avis celui de la dissidence, et cette disposition n'aurait pas pour effet de garantir le régime scolaire confessionnel de Montréal dans ce qu'il a de particulier par rapport à celui du reste de la province, à l'encontre d'une loi provinciale opérant un réaménagement territorial justifié. Par ailleurs le fait de remplacer le régime de la dissidence par un régime identique ou analogue à celui de Montréal et de Québec pourrait être considéré, pour les raisons

(87) **Supra**, note 81.

(88) Certes on a bien établi dans l'affaire **Hirsch** (**supra**) que les Juifs, s'ils peuvent être commissaires d'écoles communes dans la province, ne peuvent occuper la même fonction à Montréal. Mais dans cette affaire il n'était aucunement question de réaménagements territoriaux, mais bien d'une mesure législative isolée à cet effet.

(89) **Hirsch**, **supra**, note 24, p. 209.

déjà dites, comme causant préjudice à la minorité, catholique ou protestante, ayant vécu jusqu'alors sous l'empire du premier.

Certes il faut bien remarquer qu'une loi provinciale peut opérer des réaménagements territoriaux qui ne sauraient être qualifiés simplement d'annexions ou de détachements au sens où nous avons employé ces mots mais qui instituent de nouvelles municipalités scolaires dotées d'un régime scolaire nouveau. En pareil cas ces nouvelles municipalités tombent à notre avis sous le régime de droit commun et la minorité religieuse, catholique ou protestante, devra toujours pouvoir y exercer son privilège de dissidence qui comme on l'a vu est constitutionnellement garanti.

Cela étant posé, il nous faut maintenant examiner dans quelle mesure les droits et privilèges plus particuliers, notamment en matières académique, administrative et financière, et qui en 1867 bénéficiaient aux écoles confessionnelles ont pu devenir constitutionnellement garantis par l'effet de l'article 93.

C) Le contrôle académique, administratif et financier des écoles.

Rappelons une fois de plus que les garanties constitutionnelles de l'article 93 ont une justification essentiellement religieuse ; les classes de personnes dont parle cette disposition sont des classes « en relation avec l'enseignement confessionnel » (90) et le droit ou privilège qu'elle garantit est « un droit ou privilège relié à l'enseignement confessionnel » (91). Gardant cela à l'esprit, on peut quand même être porté à croire en première analyse que cette disposition a eu pour effet de constitutionnaliser plusieurs des droits et privilèges inscrits dans la législation pré-confédérale dont nous avons déjà présenté l'analyse, compte tenu du fait que plusieurs ne sont pas sans rapport, direct ou indirect, avec le maintien de la confessionnalité de l'enseignement.

Ainsi en matière académique l'administration scolaire locale pouvait régler « le cours d'études à suivre dans chaque école » (92) et pouvait engager et renvoyer les maîtres (93). Si l'on adopte de l'école confessionnelle une définition large, suivant laquelle la religion doit

(90) **Mackell, supra**, note 12, p. 69.

(91) **Id.**, p. 71.

(92) **Supra**, note 8, art. 65(2). Ce pouvoir était toutefois soumis à certaines restrictions. Voir notamment l'art. 65(2) **même**, et les arts 24(3) et 97.

(93) **Id.**, art. 65(1). Voir cependant l'article 110(10).

y imprégner l'ensemble des enseignements (94), on peut en conclure que le pouvoir de régler « le cours d'études » a pu devenir dans une certaine mesure garanti en 1867 pour autant qu'il était octroyé aux syndics des écoles dissidentes et aux commissaires d'écoles de Montréal et de Québec. Et la même conclusion pourrait valoir quant au droit d'engager et de renvoyer les maîtres, ceux-ci étant les premiers responsables de la confessionnalité des enseignements.

En matière administrative, nous avons déjà émis l'opinion que le droit pour la minorité religieuse d'avoir ses administrateurs scolaires propres et appartenant à la même religion que les membres de cette minorité était un droit protégé. Or ces administrateurs ayant hérité en 1861 du pouvoir de faire « des règles générales pour la régie des écoles » (art. 65(2)), on pourrait aussi en déduire que ce pouvoir a été garanti en 1867 au profit des syndics et des commissaires de Montréal et Québec, dans la mesure où le pouvoir de régir administrativement une école peut avoir des incidences sur sa confessionnalité. De la même façon et plus clairement encore on pourrait considérer que les divers droits que possédaient les administrateurs des écoles confessionnelles en 1867 en matière de propriété, de finance et de taxation (95) leur ont été constitutionnellement garantis par l'article 93, du simple fait qu'ils conditionnaient en pratique le maintien de ces écoles ; à ce titre l'autorité provinciale ne pourrait légiférer de façon à leur porter préjudice.

Il faut tout de suite souligner cependant qu'en vertu de la loi de 1861 (96) l'autorité gouvernementale avait conservé un certain nombre de pouvoirs et pouvait astreindre à un certain nombre d'obligations et

(94) Voir HOULE, **supra**, note 42, p. 154. L'auteur écrit que « le seul fait qu'un enseignement religieux soit autorisé dans une école ne constitue pas un critère suffisant ». Dans une école confessionnelle « il appartient aux administrateurs de cette école de déterminer le contenu de l'enseignement et de choisir les maîtres ».

(95) Voir l'analyse statutaire détaillée qui précède. Notons que dans le cas de Montréal les conditions essentielles de la décentralisation administrative ne se trouvent pas réalisées par la loi de 1861. Une de ces conditions est l'élection des administrateurs de la collectivité décentralisée ; ici, les administrateurs scolaires ne sont point élus mais nommés par une corporation municipale dont l'existence même et les pouvoirs ne sont nullement protégés par la constitution. Une autre condition essentielle concerne le financement de la collectivité locale par des ressources locales prélevées en vertu de l'autorité de la collectivité. Cette condition ne se réalise pas non plus, l'administration scolaire étant placée dans une situation de dépendance financière par rapport à la Ville de Montréal et ne pouvant pas imposer de taxes (sauf la surtaxe prévue à l'article 74).

(96) **Supra**, note 6.

de contrôles les municipalités scolaires. Il suffit d'indiquer ici les pouvoirs qui nous semblent les plus importants et qui appartenaient soit au gouvernement lui-même, soit au conseil d'instruction publique, soit au surintendant de l'éducation en vertu de cette loi.

1. L'article 21(3) attribue au conseil d'instruction publique le devoir de faire, de temps à autre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, les règlements jugés appropriés « pour l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes, et la classification des écoles et des instituteurs ». De plus, le conseil a le devoir « de choisir ou faire publier livres, cartes et globes, dont on se servira à l'exclusion de tous autres dans les académies, les écoles-modèles et élémentaires sous le contrôle des commissaires ou syndics d'école, ayant égard dans tel choix aux écoles dans lesquelles l'enseignement est donné en français et à celles dans lesquelles l'enseignement est donné en anglais » (art. 24(4)).

2. L'article 30 attribue comme on le sait au gouverneur en conseil le pouvoir de changer les limites des municipalités existantes pour les fins des écoles, les subdiviser ou en établir de nouvelles.

3. En vertu de l'article 42, le surintendant a le pouvoir de nommer les commissaires si le siège est vacant ou s'il n'y a pas eu d'élections légales (arts 42 et 136). Il peut également déplacer et remplacer les commissaires (art. 57(4)).

4. Le surintendant doit approuver tout transfert de biens possédés par les commissaires (art. 54).

5. Le surintendant a le pouvoir de mettre de côté des cotisations spéciales imposées par les commissaires (art. 64(6)) ; il peut également, sur appel, confirmer ou infirmer une décision des commissaires relatives aux emplacements des écoles, au changement des limites des arrondissements d'écoles ou à l'établissement de nouveaux arrondissements (art. 64(8)).

6. Le surintendant de l'éducation contrôle les commissaires par le biais des comptes et rapports semestriels (art. 69). Il peut refuser le montant de l'allocation pour une année quelconque aux commissaires négligents (art. 96).

7. Le surintendant peut faire prélever des taxes spéciales dans toute municipalité scolaire pour le paiement des dettes légitimes admises par telle municipalité ou qu'une cour de justice a déclaré être dues par telle municipalité (art. 86).

8. Le surintendant peut construire des écoles et réparer les anciennes (art. 99).

9. Le gouvernement a le droit de nommer des inspecteurs d'écoles chargés, entre autres, de voir si les dispositions de la loi sont suivies (arts 114 à 116).

10. Le surintendant a le devoir d'imprimer des recommandations et conseils pour la régie des écoles (art. 24(3)).

Cette simple énumération montre bien que l'autorité gouvernementale s'était réservé en 1867 des pouvoirs importants en matière scolaire, en particulier par l'article 21(3). En regard de cet article (97), une difficulté se pose. En effet ses termes sont suffisamment larges pour qu'on puisse affirmer, tout au moins en première analyse, qu'ils accordent au conseil d'instruction publique des pouvoirs qui chevauchent certains pouvoirs des autorités scolaires locales, en particulier les pouvoirs de ces dernières de régler « le cours d'études » (98) et d'établir « des règles générales pour la régie des écoles » (99). Face à cette difficulté on pourrait arguer que les pouvoirs des autorités locales constituent des exceptions au pouvoir général du conseil d'organiser et de gouverner les écoles et qu'ils priment celui-ci. À l'inverse on pourrait aussi soutenir que ce pouvoir général du conseil étant d'adoption postérieure aux autres, il faut lui donner prépondérance sur eux (100). Et si, pour cette raison ou pour quelque autre, c'est cette dernière position qui devait prévaloir, il faudrait tenir que les pouvoirs des autorités scolaires locales en vertu de la loi de 1861 étaient singulièrement plus limités qu'il ne paraît à première vue. Les droits et privilèges constitutionnels auxquels ils auraient pu autrement donner naissance s'en trouveraient diminués d'autant.

(97) Le texte de cet article se lit comme suit :

Art. 21 : « Il sera du devoir du dit conseil ....

3. De faire, de temps à autre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, tels règlements que le conseil jugera à propos pour l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes et la classification des écoles et des instituteurs ; »

(98) **Supra**, note 92.

(99) **Supra**, note 6, art. 55(2).

(100) Les pouvoirs des autorités scolaires locales dont il a été question leur appartenaient depuis longtemps (voir 1846, 9 Vict. ch. 27, art. 21) au moment où le conseil d'instruction publique a été créé en 1856 par l'**Acte pour amender les lois des écoles communes et avancer l'éducation élémentaire dans le Bas-Canada**, 1856, 19 Vict. ch. 14, art. 16.

À ce stade-ci de notre développement il apparaît absolument essentiel de s'en remettre à la jurisprudence en vue de mesurer l'étendue des droits et pouvoirs des autorités scolaires locales en comparaison avec ceux des autorités gouvernementales, en matières académique, administrative et financière. Dans la mesure en effet où les droits des premières, tels qu'interprétés judiciairement, ont cédé le pas devant les droits des secondes, ils ne sauraient fonder l'existence d'une quelconque garantie constitutionnelle pour les catholiques ou les protestants du simple fait que ceux-ci n'en bénéficiaient pas légalement en 1867.

Dans l'affaire **Tiny** une des questions en litige était la suivante :

> « Les syndics des écoles séparées avaient-ils au moment de la Confédération le droit de maintenir, libres du contrôle et de la réglementation de la législature d'Ontario quant au niveau d'enseignement, des écoles confessionnelles où l'on pouvait enseigner des matières autrefois enseignées dans les plus hautes classes des écoles séparées et qui l'étaient désormais dans des écoles non-confessionnelles « " high schools, collegiate institutes and continuation schools " » datant d'après la Confédération ..... ? » (101)

Les appelants prétendaient avoir un tel droit ou privilège et soutenaient par conséquent que tout règlement tendant à les empêcher de l'exercer ou à y préjudicier de quelque façon était ultra vires (102). Ils ont été déboutés par le Conseil privé, qui comme on le verra a établi que les syndics n'avaient pas un tel droit et que l'autorité provinciale pouvait les empêcher de donner des enseignements de ce genre.

Le motif central de la décision du Conseil privé repose sur les pouvoirs attribués au conseil d'instruction publique du Haut-Canada par la loi de 1859 (103). L'article 119(4) de cette loi donnait au conseil le pouvoir :

> « De faire, de temps à autre, tels règlements que le conseil jugera à propos pour l'organisation, la gouverne

(101) **Tiny, supra**, note 16, p. 375.

(102) **Id.**, p. 365, pour la liste des dispositions législatives que les appelants voulaient faire invalider. Ces dispositions avaient été adoptées par la législature d'Ontario entre 1870 et 1924.

(103) **Supra**, note 75, art. 119(4).

et la discipline des écoles communes, pour la classification des écoles et des instituteurs »

Les écoles séparées, a-t-on jugé, étaient « simplement une forme spéciale d'écoles communes », « soumises à la réglementation ultime de l'État » (104) ; « le conseil pouvait déterminer pour chacune les cours qui pouvaient y être donnés et le niveau d'enseignement » (105). Pour le Conseil privé « des expressions comme ' organisation ', ' gouverne ', ' discipline ' et ' classification ' impliquent, d'après l'interprétation que leur donnent les Lords, un contrôle véritable sur les écoles séparées » (106), en sorte que la province puisse conserver « le pouvoir d'organiser le système d'éducation dans l'intérêt du public en général, par opposition à celui d'une partie seulement de la population, si importante soit-elle » (107). À la Cour suprême dans cette même affaire le juge Anglin avait interprété le pouvoir octroyé au conseil d'instruction publique du Haut Canada de façon très étroite, de sorte que les syndics d'écoles séparées jouissaient à son avis d'un droit ou privilège constitutionnel très vaste au niveau de la direction et du contrôle des écoles. Cette interprétation sera rejetée par Lord Haldane qui écrira : « le pouvoir de réglementation » du conseil d'instruction publique « doit être interprété dans un sens plus large que celui que lui a donné le juge en chef du Canada » (108).

Il ne fait aucun doute à notre avis que la décision du Conseil privé dans l'affaire **Tiny** est applicable au Québec. En effet les pouvoirs donnés au conseil d'instruction publique de cette province étaient identiques à ceux du Haut-Canada quant à « l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes » (109) et ce conseil avait aussi le pouvoir de choisir les livres d'études dans les écoles, sauf les livres de religion et de morale dont le choix était laissé au prêtre ou au ministre (110). On peut donc en déduire en toute certitude que les droits et privilèges constitutionnellement protégés en matière de direction et de contrôle des écoles confessionnelles sont extrêmement minimes, si tant est qu'ils existent, et cela au Québec aussi bien qu'en Ontario. Le jugement du Conseil privé dans l'affaire **Tiny** n'autorise pas d'autres conclusions.

(104) **Tiny**, **supra**, note 16, p. 378.
(105) **Id.**, p. 387.
(106) **Ibid.**
(107) **Id.**, p. 386.
(108) **Id.**, p. 387.
(109) **Supra**, note 97.
(110) **Supra**, note 6, art. 65(2).

Certes dans l'affaire **Hirsch**, qui origine du Québec, on trouve au jugement unanime de la Cour suprême rendu par le juge Anglin le passage suivant :

> « Il va de soi que nous considérerions comme invalide des pouvoirs de la législature provinciale une loi qui viserait à diminuer le droit des protestants, comme classe de personnes dans la province de Québec, au contrôle exclusif de leurs écoles sur les plans financier et pédagogique » (111).

Or il arrive que le Conseil privé n'a jamais souscrit à ce passage par son jugement dans cette même affaire ; il l'a même implicitement répudié dans l'affaire **Tiny**. En effet la décision du Conseil privé dans l'affaire **Hirsch** a été rendue le 2 février 1928. Les plaidoiries orales dans l'affaire **Tiny** y ont commencé le 21 février suivant, c'est-à-dire moins de trois semaines après et c'est plusieurs mois avant que la Cour suprême avait statué dans cette dernière affaire et que permission d'en appeler à Londres avait été obtenue (112). De toute évidence les Lords étaient au courant de l'affaire **Tiny** au moment où ils ont statué dans **Hirsch**. Or ils n'auraient pu à la fois souscrire à l'opinion du juge Anglin dans l'affaire **Hirsch** et rendre peu de temps après le jugement que l'on sait dans l'affaire **Tiny**. Au reste on ne trouve rien à leur jugement dans l'affaire **Hirsch** qui autoriserait à penser qu'ils y ont souscrit. Là où le juge Anglin parlait de « contrôle exclusif ..... sur les plans financier et pédagogique » le Conseil privé parle simplement de « contrôle du cours d'études » (113), faisant référence il est vrai à un pouvoir octroyé aux autorités scolaires locales du Québec et que n'avaient pas celles d'Ontario. Différence bien minime et probablement sans conséquence aucune si l'on se rappelle l'identité des pouvoirs octroyés aux conseils d'instruction publique des deux provinces d'une part et surtout l'insistance du Conseil privé à permettre aux provinces d'être maîtresses de leur système d'éducation (114), thème que l'on retrouve aussi dans le passage suivant de l'affaire **Hirsch** :

(111) **Hirsch**, **supra**, note 59, p. 269. Le juge Anglin a émis on le sait une opinion analogue dans l'affaire **Tiny** et le Conseil privé l'a rejetée. Voir **supra**.

(112) La décision dans **Tiny** a été rendue le 10 octobre 1927 par la Cour suprême du Canada et permission d'en appeler à Londres a été obtenue le 2 décembre 1927.

(113) **Supra**, note 24, p. 209. On mentionne ce pouvoir dans le cadre d'une description très générale des pouvoirs des syndics des écoles dissidentes et sans aucune intention d'en mesurer l'étendue véritable, comme ce fut le cas dans **Tiny**.

(114) **Supra**, note 107.

> « L'article 93 » « autorise expressément la législature provinciale à légiférer en matière d'éducation, sous la seule réserve des dispositions de cet article ; et il est difficile de voir comment la législature pourrait exercer efficacement le pouvoir qui lui a été confié à moins qu'elle ait une large mesure de liberté pour satisfaire les exigences des circonstances et des besoins nouveaux à mesure qu'ils se présentent » (115).

Du jugement du Conseil privé dans l'affaire **Tiny** il ressort clairement à notre avis que vu les pouvoirs très vastes possédés par le conseil d'instruction publique du Québec en 1867 et vu l'interprétation très large que la jurisprudence a donnée à ces derniers, les droits et privilèges des écoles confessionnelles du Québec en matières académique et administrative ne peuvent être qu'extrêmement restreints et ne sauraient constituer des obstacles sérieux aux réglementations générales de l'autorité provinciale en ces matières.

> « Il y a place pour des réglementations législatives sur plusieurs sujets, comme par exemple la fréquentation scolaire obligatoire, les normes d'hygiène et de santé dans les écoles, l'imposition et la perception des taxes pour le soutien des écoles confessionnelles, et d'autres matières du même genre qui peuvent faire l'objet de ces réglementations sans que celles-ci ne nuisent au caractère confessionnel de l'école » (116).

Faisant de toute évidence allusion à ce passage le Conseil privé qui comme on le sait devait renverser la décision de la Cour suprême dans cette affaire écrivait :

> « Leurs Seigneuries » « ne peuvent s'empêcher de faire remarquer que si le point de vue des défendeurs devait prévaloir il serait extrêmement difficile pour la législature provinciale, à qui a été confié le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'éducation, de satisfaire les besoins d'un territoire presque grand comme la Grande-Bretagne et où la population est très dispersée ; ce pouvoir, qui suivant les termes mêmes de la loi « du Manitoba » semble si large, serait limité aux tâches, utiles mais modestes, de fixer les normes de santé et d'hygiène dans les écoles,

(115) **Hirsch**, **supra**, note 24, p. 215.
(116) **Barrett**, **supra**, note 30, p. 435.

d'imposer des taxes pour le soutien des écoles confessionnelles, de prescrire la fréquentation scolaire obligatoire et autres matières de ce genre » (117).

Qu'en est-il maintenant de ces droits et privilèges en matières de finance, de propriété et de taxation dont on pourrait soutenir en première analyse qu'ils sont protégés par l'article 93 ? Pour le savoir c'est encore à l'affaire **Tiny** qu'il faut se référer, car c'est incontestablement l'arrêt le plus important qui existe sur cette question.

Une des questions que le Conseil privé avait à résoudre dans cette affaire était la suivante :

> « Les syndics « des écoles catholiques » ont-ils un droit strict à recevoir une proportion de tous les octrois donnés par la législature aux écoles communes, pour des fins d'éducation secondaire aussi bien que primaire, en fonction du nombre d'élèves fréquentant les écoles séparées et sans égard aux matières enseignées ou aux manuels utilisés, chaque école séparée ayant droit à sa part, calculée suivant un pourcentage statutairement établi, sans considération de la qualité de l'enseignement et des manuels, si rudimentaire ou avancée soit-elle ? » (118).

Plus simplement la question posée était celle de savoir si « les écoles catholiques avaient obtenu au moment de l'Union un droit à des subventions dont le mode de détermination avait été arrêté à cette époque et qui ne pouvait être modifié ou aboli par les autorités de la province » (119).

La loi du Haut-Canada de 1863 (120) reconnaissait à chaque école séparée le droit de recevoir une part des fonds annuels et de tous autres octrois publics destinés aux écoles communes proportionnelle au nombre d'élèves la fréquentant. Suivant la loi de 1859 (121) le surintendant de l'éducation avait le devoir de distribuer de la façon dite ces sommes d'argent « non autrement appropriées par la loi », car il arrivait que le gouverneur en conseil avait, en vertu d'une disposition de cette même loi (122), le pouvoir de faire certaines

(117) **Barrett, supra**, note 29, p. 459. Il est certain que cela est applicable au Québec.
(118) **Tiny, supra**, note 16, p. 375.
(119) **Id.**, p. 383.
(120) **Supra**, note 72, art. 20.
(121) **Supra**, note 75, art. 106.
(122) **Id.**, art. 120.

dépenses définies et dont le montant était précisé à même les fonds votés par la législature. Le Conseil privé a interprété de façon très large ce dernier pouvoir, et accordant beaucoup d'importance au membre de phrase « non autrement appropriées par la loi » il en a conclu que le gouvernement demeurait libre d'affecter les fonds votés à de nouvelles dépenses et de réduire d'autant le solde dont une proportion définie était statutairement garantie aux écoles séparées.

> « il est impossible de prétendre qu'il serait devenu ultra-vires après la Confédération de faire à même les fonds de nouvelles dépenses ayant pour effet de diminuer les sommes que les appelants auraient reçues si elles n'avaient pas été faites. **Que l'on considère la question au point de vue de la réglementation ou qu'on la considère au point de vue de la discrétion dans les affectations de fonds, le résultat est le même** » (123).

De cette décision on pourrait logiquement déduire que les écoles séparées d'Ontario avaient obtenu en 1867 un droit constitutionnel à obtenir une proportion définie des subventions publiques, même si celles-ci pouvaient être considérablement diminuées par l'exercice d'un pouvoir gouvernemental de dépenses que l'on a interprété de façon large. Mais une lecture attentive du jugement nous montre que cela même n'a pas été dit explicitement et que le Conseil privé a tout au long de son jugement insisté plutôt sur l'étendue des pouvoirs de réglementation de l'autorité provinciale en la matière.

Tout comme quand on y traite de contrôle académique l'affaire **Tiny** est incontestablement applicable au Québec lorsqu'on y traite de contrôle financier. La loi du Bas-Canada de 1861 donnait en effet aux syndics des écoles dissidentes le droit à une part des fonds publics proportionnelle au nombre d'élèves fréquentant ces écoles par rapport au nombre total d'élèves dans une municipalité scolaire donnée (124), Montréal ayant par ailleurs le droit de ne recevoir que le quart de ce qu'elle aurait pu recevoir suivant ce dernier critère (125). Le surintendant de l'instruction publique avait le devoir de distribuer ces sommes d'argent de la façon indiquée (126) et pouvait avant de ce faire en prendre une part définie et l'affecter à certaines dé-

(123) **Tiny**, **supra**, note 16, p. 388. Les caractères noirs sont des auteurs.
(124) **Supra**, note 6, art. 87(3).
(125) **Id.**, art. 133.
(126) **Id.**, art. 88.

penses spécifiques (127). Dans cette perspective il est évident que l'affaire **Tiny** s'applique au Québec, compte tenu de la ressemblance qui existait entre les dispositions statutaires de cette province et celles de l'Ontario. Il en résulte par conséquent à notre avis que les écoles confessionnelles du Québec, comme celles d'Ontario, ont hérité en 1867 du droit de recevoir une part des fonds publics proportionnelle au nombre d'étudiants fréquentant ces écoles par rapport à l'ensemble de la population scolaire totale d'une municipalité donnée et qu'aucune loi provinciale ne saurait affecter ce droit de façon préjudiciable aux catholiques ou aux protestants (128). Ce qui, il faut le rappeler, n'empêcherait pas l'autorité gouvernementale de pourvoir, avant de procéder à cette distribution proportionnelle, à certaines dépenses jugées par elle nécessaires et de diminuer d'autant les fonds à distribuer.

Encore que ce dernier pouvoir ne pourrait servir de prétexte à l'autorité gouvernementale pour faire disparaître pratiquement les écoles confessionnelles en les privant de subsides suffisants à leur maintien, car le Conseil privé a bien fait observer, et c'est un point sur lequel nous reviendrons, que « le pouvoir de réglementer n'emporte pas le pouvoir d'abolir » (129). Mais il n'en reste pas moins que le jugement du Conseil privé dans l'affaire **Tiny**, dans son esprit comme dans sa lettre, reconnaît à l'autorité gouvernementale les pouvoirs de réglementation les plus vastes en matière de finances scolaires. Il en résulte aussi que les pouvoirs de taxer ou de surtaxer (130) attribués aux autorités scolaires locales par la loi de 1861 n'ont pas non plus un caractère illimité et ne sont certainement pas exempts de contrôles gouvernementaux. Même en faisant abstraction de l'affaire **Tiny** et au simple plan pratique de tels pouvoirs illimités seraient d'ailleurs inacceptables, leur exercice abusif pouvant avoir pour effet de chasser l'industrie d'une municipalité donnée. Or comment ne pas reconnaître que le gouvernement peut empêcher de telles retombées économiques pour garantir le bien-être des citoyens ?

(127) **Id.**, art. 98.

(128) À cause de la ressemblance des lois des deux provinces, mais aussi par l'effet de l'article 93(2) A.A.N.B., ce dernier n'étant toutefois pas applicable aux écoles confessionnelles de Montréal. Voir **supra**.

(129) **Tiny**, **supra**, note 16, pages 388-389.

(130) Les commissaires de Montréal, on le sait, n'avaient pas le pouvoir d'imposer de taxes (art. 131) mais avaient un simple pouvoir de « surtaxe » (art. 74) qu'avaient aussi les autres municipalités.

En résumé les droits et privilèges des autorités scolaires locales en matière de contrôle académique, administratif et financier des écoles confessionnelles et qui auraient été protégés en 1867 par l'article 93 sont limités et l'on ne saurait trop insister sur le fait que la jurisprudence du Conseil privé a constamment reconnu à l'autorité gouvernementale des responsabilités étendues en ces matières. Ainsi les pouvoirs des autorités scolaires locales de contrôler « le cours d'études », de « choisir les professeurs » (131) et de faire « des règles générales pour la régie des écoles » nous sont apparus avoir été subordonnés en pratique à la responsabilité du conseil d'instruction publique sur « l'organisation, la gouverne et la discipline des écoles communes », termes qui impliquent « un contrôle véritable sur les écoles » (132). Il en irait de même sur le plan financier.

Ainsi ce qu'en pratique garantirait l'article 93 serait d'abord et avant tout le privilège de dissidence en lui-même et dans ses conséquences essentielles, à savoir :

1) le privilège pour les membres d'une minorité religieuse, catholique ou protestante, sur un territoire donné, d'avoir ses propres écoles confessionnelles, gérées par des administrateurs élus par eux et participant à la même croyance qu'eux ;

2) le privilège de n'y enseigner que leur propre religion et de n'y accepter que des élèves et des professeurs y adhérant, compte tenu des exigences gouvernementales relatives aux qualifications académiques de ces derniers (133) ;

(131) Droits reconnus dans l'affaire **Hirsch** (**supra**, note 24, p. 209) sous réserve dans l'un et l'autre cas de ce qui a été dit à la note 113.

(132) **Supra**, note 106. Sur le droit de l'autorité gouvernementale de contrôler la qualification des professeurs, voir : **Mackell**, **supra**, note 12, p. 75. Certes tout cela peut avoir comme résultat de diminuer de beaucoup la portée du devoir des commissaires de régler le programme d'études et éventuellement de le restreindre à des questions de détails concernant des écoles spécifiques. Mais ce résultat semble avoir été envisagé puisque l'article 97 de la loi de 1861 précise que le surintendant pourra refuser de payer la totalité ou partie du fonds des écoles communes « si ses instructions légitimes ou celles du conseil d'instruction publique ont été enfreintes ». Cette disposition rend à toutes fins pratiques obligatoires les instructions du conseil adoptées en vertu de son pouvoir sur l'organisation et la gouverne des écoles et régie la question des conflits de juridictions.

(133) Notons que la législation pré-confédérale du Québec donnait de très larges pouvoirs en matière d'éducation à des personnes dont on n'exigeait rien quant à leur appartenance religieuse. C'était le cas notamment du gouverneur en conseil, des membres du conseil d'instruction publique, du surintendant de l'éducation et des inspecteurs des écoles communes. En ce qui concerne le

3) le droit d'exiger de la part de l'autorité gouvernementale un traitement comparable à celui des autres écoles en matière de subsides (134) et de taxation (135), et d'être exemptés de contribuer financièrement au soutien des écoles communes.

Les conclusions qui précèdent nous semblent conformes à l'esprit et à l'économie générale de la loi de 1861 (136). Replacée dans son contexte social, cette législation se comprend. Elle s'adresse à une population peu scolarisée et établit un plan qui vise principalement l'instruction élémentaire. Il ne s'agit pas d'un plan désiré par la population mais d'un plan imposé auquel réagit défavorablement celle-ci et qui explique notamment ce qu'on a appelé « la guerre des éteignoirs » (137). Ce fait historique nous fait comprendre pourquoi le Parlement s'exprime principalement en termes non de pouvoirs mais de devoirs imposés aux commissaires ; il jette beaucoup de lumière sur les pouvoirs étendus du gouvernement en matière de financement et de contrôle des écoles. Aussi cette législation nous apparaît-elle comme une illustration du principe de la compétence du Parlement dans l'organisation scolaire et les exceptions à ce principe, fondées sur des droits et privilèges qu'on y rencontre et que gèle ou constitutionnalise l'article 93 sont en quelque sorte dérogatoires du droit commun.

conseil d'instruction publique, organisme créé en 1856 (**supra**, note 100) et dont on a décidé en 1869 qu'il devait comprendre 14 catholiques et 7 protestants, la Cour suprême dans l'affaire **Hirsch**, (1926) R.C.S. p. 259 a décidé que sa composition n'était pas constitutionnellement limitée aux gens de ces deux croyances ; point de vue auquel le Conseil privé n'a pas expressément souscrit mais qu'il n'a pas rejeté. Le surintendant de l'éducation était **ex officio** visiteur des écoles communes et dissidentes, de même que les députés et certains juges. Seuls les ecclésiastiques pouvaient être empêchés de visiter les écoles d'une autre confession que la leur (art. 121 de la loi de 1861). Quant aux inspecteurs d'écoles leur juridiction s'étendait aux écoles communes et dissidentes (arts 114-119 de la loi de 1861).

(134) Signalons que l'affaire **Tiny** ne va même pas jusque là.

(135) Il n'est pas absolument certain que les écoles dissidentes aient un droit protégé à la taxation scolaire, compte tenu de l'étendue des pouvoirs gouvernementaux en matière de finance, telle qu'établie par la jurisprudence, et compte tenu du fait que rien dans celle-ci ne le consacre expressément. À ce titre il vaut mieux parler pour elle d'un droit à un traitement financier comparable à celui octroyé aux autres écoles.

(136) **Supra**, note 6.

(137) Voir entre autres : WILSON, STAMP et AUDET, **Canadian Education : History**, Scarborough, Prentice-Hall, 1970, pages 172-177.

Les droits et privilèges protégés sont en somme ceux qui visent à la consécration de la confessionnalité de l'enseignement et au maintien des moyens concrets les plus essentiels pour y parvenir. Encore faut-il souligner que ces protections, limitées dans leur nature, le sont aussi dans leur champ d'application, en tel sens qu'elles ne concernent qu'un certain niveau d'enseignement. C'est cette dernière question qu'il nous faut maintenant examiner.

D) Le niveau d'enseignement protégé.

Les écoles confessionnelles bénéficiant de droits et privilèges en vertu de la loi de 1861 (138) ne dispensaient que l'enseignement élémentaire (139). L'article 27 de cette loi prévoyait en effet l'établissement dans chaque municipalité « d'une ou plusieurs écoles communes pour l'instruction élémentaire de la jeunesse, sous la régie de commissaires d'écoles, — ou s'il y est établi des écoles dissidentes, sous la régie des syndics de telles écoles » On ne trouve pas à la loi d'autres dispositions prévoyant la création d'autres types d'écoles dissidentes.

Il n'est pas absolument nécessaire — quoique cela soit utile et éclairant — d'établir à quel niveau d'enseignement correspondait l'instruction élémentaire en 1867 (140). En effet l'affaire Tiny (141) a bien établi que même si avant 1867 les écoles séparées d'Ontario dispensaient l'instruction secondaire cela n'empêchait pas le conseil d'instruction publique, en vertu des larges pouvoirs qu'il possédait et que possédait aussi celui du Québec, de leur interdire de le faire n'importe quand et de limiter leur enseignement au niveau élémentaire. Acceptant l'argument à l'effet que « le pouvoir de réglementer n'emporte pas le pouvoir d'abolir », le Conseil privé a toutefois ajouté qu'en l'occurrence il ne s'agissait pas du tout d'une abolition (142) et que les catholiques « avaient encore leurs écoles séparées, qui existaient bel et bien encore si un réglement avait aboli la possibilité

(138) **Supra**, note 6.

(139) Ceci a été aussi reconnu dans l'affaire **Hirsch**, **supra**, note 24, p. 207.

(140) Dans l'affaire **Tiny** le juge Anglin de la Cour suprême s'est longuement appliqué à déterminer le genre d'enseignement dispensé par les écoles communes d'Ontario avant 1867. (1927) R.C.S. 665 ss. Il observe que des personnes âgées de plus de 20 ans pouvaient les fréquenter.

(141) **Supra**, note 16.

(142) **Id.**, pages 388-389. Il s'agissait a-t-on dit d'une mesure nécessaire « quand un système national d'éducation a atteint un certain degré de développement » (p. 389).

d'y dispenser l'enseignement secondaire » (143). Il en résulterait par conséquent en ce qui concerne le Québec que le niveau d'enseignement protégé serait le niveau élémentaire tel qu'il peut être défini de temps à autre par l'autorité provinciale en vertu de ses pouvoirs sur la classification des écoles et l'organisation du système d'éducation, et que ce niveau pourrait même théoriquement correspondre à un niveau inférieur à celui auquel correspondait l'enseignement élémentaire en 1867.

Mais l'on peut quand même s'appliquer à établir à quel niveau d'enseignement correspondait l'instruction élémentaire au Québec en 1867.

D'après les recherches que nous avons effectuées dans tous les documents officiels de l'époque, il nous apparaît impossible de dire que l'éducation primaire ou élémentaire était divisée en années scolaires ou académiques telles que nous les connaissons aujourd'hui.

En 1846, Meilleur, alors surintendant de l'instruction publique, décrit ainsi le programme qui devra être enseigné :

> « Les instituteurs des écoles élémentaires doivent pouvoir enseigner correctement à lire, à écrire, l'arithmétique jusqu'à la règle de trois inclusivement, les éléments de la grammaire et ceux de la géographie, à commencer par celle du Canada après que les premières notions générales auront été enseignées » (144).

On ne retrouve aucun autre règlement ou aucune règle sur l'organisation de l'instruction primaire ni dans les rapports annuels du surintendant (ou du ministre), ni dans le journal de l'instruction publique, ni dans les documents sessionnels, ni dans la Gazette Officielle avant 1878.

À cette date, le programme défini par le Comité catholique est ainsi divisé (145) :

École élémentaire 1er degré
École élémentaire 2ième degré
École modèle
Académie.

(143) **Id.**, p. 380.

(144) MEILLEUR, J.B. **Mémorial de l'éducation du Bas-Canada**, Des Presses à vapeur de Léger Brousseau, 2ième éd., Québec, 1876, p. 425. Circulaire no 9 du 15 juin 1846 du surintendant de l'instruction publique.

(145) **Rapport du Surintendant de l'instruction publique pour le Bas-Canada**, 1877 et 1878. Résolution du comité catholique du 9 octobre 1878.

Ce n'est que dix ans plus tard, dans le premier code scolaire, que l'on retrouve la division du programme scolaire en années bien définies (146) :

Du côté catholique

École élémentaire premier degré
- 1ère année
- 2ième année
- 3ième année

École élémentaire second degré
- 4ième année

École modèle
- 5ième année
- 6ième année

Académie
- 7ième année
- 8ième année

Du côté protestant

École élémentaire
- 1er degré
- 2ième degré
- 3ième degré
- 4ième degré

École modèle
- 1er degré
- 2ième degré
- 3ième degré

Académie
- 1er degré
- 2ième degré
- 3ième degré

Comme le démontrent clairement les documents consultés, le contenu du programme d'enseignement entre 1846 et 1888 n'a cessé d'augmenter en volume.

(146) **Code de l'instruction publique**, 1ère éd., Québec, 1888, règlements catholiques (p. 30) et règlements protestants (p. 24).

On peut donc conclure avec assez de certitude que, même si l'organisation comme telle des écoles n'était pas faite sur une base d'année, avec examens, échecs et reprises d'années, le programme enseigné **en 1867 et avant n'a jamais été plus que l'équivalent de ce que nous connaissons en 1886 ou maintenant comme la quatrième année primaire.**

On pourrait cependant prétendre que les protections de l'article 93 dépassaient en 1867 ce niveau en se fondant sur l'article 21(4) de la loi de 1861 dont un passage indique que les commissaires contrôlaient trois sortes d'école : les académies, les écoles modèles et les écoles élémentaires. Cette disposition serait-elle suffisante pour étayer l'affirmation que les dissidents, de même que les catholiques et protestants de Montréal, avaient un droit reconnu d'ouvrir une école modèle (147), et, pour les fins de celles-ci, de recevoir des subventions gouvernementales et de jouir des autres droits attachés aux écoles communes ?

La réponse paraît négative. On peut dire que les commissaires (y compris les dissidents ainsi que les catholiques et protestants) ont tout au plus un pouvoir, que la loi n'attribue pas expressément, d'ouvrir une école modèle dont le financement dépend des subventions discrétionnaires du gouvernement (art. 6) et des arrangements particuliers intervenus au niveau local (paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 64, et arts 68 et 74). Le pouvoir de fonder les écoles modèles appartient expressément au gouvernement (art. 11) et leur régie ou contrôle relève du surintendant (art. 16).

Un autre argument qu'on peut avancer pour soutenir que les droits et privilèges reconnus en 1867 dépassaient le niveau de l'instruction élémentaire se fonde sur l'obligation pour les commissaires de recevoir à l'école les enfants de cinq à seize ans : ce qui impliquerait que les commissaires devaient dispenser l'enseignement de la première à la onzième année. Cet argument ne résiste pas à l'analyse, d'abord pour les raisons déjà données et parce qu'au siècle dernier, il se trouvait des « enfants » fort âgés en quatrième année (148).

(147) Ces écoles, composantes des écoles normales, dispensaient l'enseignement de 5ième et 6ième années. AUDET, L.P., **Le système scolaire du Québec**, pages 46-47.

(148) **Rapports du Surintendant de l'éducation pour le Bas-Canada**, 1842-1867.

Ainsi le niveau d'instruction protégé serait le niveau élémentaire, tel que défini de temps à autre par la province. Ce niveau correspondait en 1867 aux quatre premières années d'enseignement que l'on connait aujourd'hui et une interprétation très fixative pourrait suggérer que ce sont ces quatre années seules qui bénéficient aujourd'hui de la protection constitutionnelle, sous réserve de la possibilité pour le gouvernement d'abaisser le niveau élémentaire en deçà de ces quatre années. Une interprétation plus évolutive suggérerait par ailleurs que le niveau protégé aujourd'hui serait le niveau élémentaire tel qu'on le connait actuellement, sous réserve de toute modification gouvernementale ultérieure à ce sujet.

Ces problèmes d'interprétation fixative et d'interprétation évolutive auxquels nous venons de faire allusion ont une importance assez grande et assez générale pour l'ensemble de la présente étude pour qu'on leur consacre un développement particulier. Ils feront l'objet du chapitre qui suit.

Chapitre III

Problèmes d'interprétation constitutionnelle

Le processus d'interprétation constitutionnelle, tel qu'opéré par le pouvoir judiciaire, présente certaines caractéristiques qui lui sont particulières et sur lesquelles il nous a semblé utile d'insister dans le cadre de la présente étude.

Aussi, tenterons-nous au cours de ce chapitre de dégager dans un premier temps, à partir d'exemples jurisprudentiels variés, certains traits généraux propres à l'interprétation constitutionnelle et qui la différencient assez nettement, nous semble-t-il, de l'interprétation statutaire ordinaire. Dans un second temps et gardant à l'esprit les caractères généraux de l'interprétation constitutionnelle précédemment dégagés, nous porterons notre attention plus spécifiquement sur l'article 93 A.A.N.B., à la fois pour analyser les principales interprétations judiciaires que cette disposition a reçues par le passé et pour tenter de prévoir celles que le pouvoir judiciaire pourrait lui réserver dans l'avenir s'il était appelé à se prononcer sur la constitutionnalité du projet de loi faisant l'objet de la présente étude.

SECTION I. **Caractères généraux de l'interprétation constitutionnelle.**

Il est dans la nature d'une constitution qu'elle soit faite pour durer longtemps, même si cette longévité ne se vérifie pas toujours dans les faits. En effet l'adoption d'une constitution par un pays est un événement d'une grande importance et l'on n'envisagerait pas aisément de devoir le renouveler à des intervalles de temps trop courts. Quoique plus accessible le recours à la modification partielle ou à l'amendement constitutionnel n'est jamais lui non plus une voie extrêmement facile, du simple fait qu'il suppose la plupart du temps diverses approbations, suivant des procédures complexes quoique infiniment variables de pays en pays.

Pourtant les réalités qu'une constitution prétend régir changent et évoluent de la même façon que celles que gouvernent des lois ordinaires ou toute autre règle juridique n'ayant pas une nature constitutionnelle. Par ailleurs on ne remplace ni ne modifie aussi aisément une règle constitutionnelle qu'une autre n'ayant pas cette nature. Cela étant et comme pour pallier cette difficulté, les juges appelés à interpréter judiciairement un document constitutionnel le feront bien souvent suivant des techniques d'interprétation plus souples que celles habituellement utilisées pour interpréter d'autres règles de droit.

Les remarques qui précèdent pourraient sembler ne relever que de la philosophie ou de la sociologie juridique. Pourtant on les retrouve dans le droit constitutionnel positif, en l'occurrence dans les jugements des tribunaux. L'examen jurisprudentiel qui suit le montrera clairement.

Dans l'affaire **Edwards c. A.G. Canada** (149), le Conseil privé, répondant à une demande d'avis consultatif initialement logé par le gouvernement canadien, avait à résoudre la question suivante : le mot « personnes » utilisé à l'article 24 A.A.N.B. et qui désigne les individus pouvant être nommés sénateurs, comprend-il les femmes ? La réponse donnée fut affirmative et Lord Sankey fit sienne l'opinion à l'effet que le texte constitutionnel canadien, quoique étant formellement une loi anglaise, devait recevoir une interprétation souple et d'un style fort différent de celle à donner par exemple à une loi pénale ou à une loi fiscale (150) ; il s'agissait d'une constitution, « arbre vivant capable de grandir et de s'étendre à l'intérieur de ses limites naturelles » (151). Peut-être n'avait-on pas envisagé en 1867 d'habiliter les femmes à devenir sénateurs ; sans doute celles-ci étaient-elles traditionnellement sous le coup d'une présomption d'incapacité en vertu du common law. Mais le Conseil privé en arrive à conclure qu'en cette matière les preuves de nature strictement historique n'ont pas un caractère déterminant (152) et préfère interpréter le mot « personnes » en référence à sa signification dans le contexte canadien contemporain (le jugement fut rendu en 1929) plutôt que d'adopter des solutions d'un autre âge ou d'un autre pays (153).

(149) (1930) A.C. 124.
(150) **Id.**, pages 136-137.
(151) **Id.**, p. 136.
(152) **Id.**, p. 134.
(153) **Id.**, p. 135.

Fait à remarquer et que l'on retrouvera lors de l'examen d'autres jugements, Lord Sankey signale que la question qui lui est soumise n'en est pas une relative au partage des compétences législatives entre le pouvoir central et les provinces (154) mais bien à la compétence interne du pouvoir central sur ses propres institutions ; d'où la nécessité d'une interprétation d'autant plus « large et libérale », de façon à ce que le « Dominion, dans une large mesure mais sous réserve de certaines limites, soit totalement maître chez lui tout comme les provinces chez elles » (155). Il y a là un trait fondamental du droit constitutionnel canadien, soit celui d'être profondément marqué par le principe anglais de la souveraineté du parlement, et de n'accepter de limiter celui-ci que dans la mesure où cela est strictement exigé (156). C'est une question sur laquelle nous serons appelés à revenir.

Un autre exemple d'interprétation large et évolutive du texte constitutionnel canadien nous est fourni par le jugement du Conseil privé dans l'affaire **Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works** (157). On sait que l'article 96 A.A.N.B. établit que les juges des cours supérieures sont nommés par le gouvernement fédéral et la question qui se posait dans cette affaire était de savoir si certains tribunaux administratifs, en l'occurrence les tribunaux du travail, étaient des cours supérieures au sens de cette disposition, auquel cas il appartenait à l'exécutif fédéral d'en nommer les membres et les provinces ne pouvaient légalement le faire. Question d'autant moins aisée à résoudre qu'à l'époque de l'adoption du texte constitutionnel

(154) **Id.**, p. 137.

(155) **Id.**, p. 136.

(156) La limite principale et inévitable à ce principe de la souveraineté du parlement au Canada est bien évidemment le fédéralisme ou le partage de la puissance législative entre les deux ordres de gouvernement, tel qu'établi par les articles 91 et 92 A.A.N.B. en particulier. Lorsqu'un litige constitutionnel ne mettait pas en cause une question de partage de compétences mais une simple question de compétence interne de l'un ou l'autre ordre de gouvernement, la tendance de la jurisprudence constitutionnelle canadienne fut d'adopter une interprétation d'autant plus large et libérale et de faire souvent référence à la sacro-sainte souveraineté du parlement. (Voir notamment le jugement du juge Duff, de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire **Edwards** (1928) R.C.S. 276, à la page 291). On a souvent dit du partage des compétences qu'il avait un caractère plénier et qu'il couvrait « the whole area of self-government within the whole area of Canada ». Voir : **Hodge c. The Queen**, (1883-84) 9 A.C. 117, à la page 132 ; **A.G. Ontario** c. **A.G. Canada** (1912) A.C. 571, à la page 581 ; **British Coal Corporation** c. **The King**, (1935) A.C. 500, à la page 517.

(157) (1948) W.W.R. 1055.

canadien en 1867, il n'existait pas de tribunaux de ce genre ; il était par conséquent impossible d'en décider en stricte référence à ce que les constituants canadiens avaient pu souhaiter pour eux.

Devant cette difficulté le Conseil privé posa le problème de la façon suivante : dans l'hypothèse où ces tribunaux auraient existé en 1867 et compte tenu de l'esprit et du but de l'article 96, peut-on supposer que les constituants canadiens les auraient considérés comme des cours supérieures au sens de cette dernière disposition ? La réponse apportée fut négative. Car selon Lord Simonds les fonctions exercées en l'occurrence par la Commission des relations ouvrières de Saskatchewan ne présentaient guère d'analogie avec celles exercées par les cours supérieures, les premières requérant une expérience pratique dans le champ des relations patronales-ouvrières davantage que les secondes, de type plus purement juridique (158). Des différences marquées existaient aussi entre les deux types de tribunaux au plan de leur composition (159) et de leur procédure (160). D'où il fallait conclure que le tribunal en question n'était pas une cour supérieure au sens de l'article 96 et que la Saskatchewan pouvait légalement en nommer les membres.

> « Il est légitime de se demander, (écrit Lord Simonds) si, dans l'hypothèse où les syndicats auraient été reconnus par la loi en 1867 et la négociation collective acceptée comme moyen de parvenir à la paix industrielle, en un mot dans l'hypothèse où le contexte économique et social aurait été le même en 1867 qu'en 1944, il n'aurait pas été nécessaire (à la Saskatchewan) de créer un tribunal spécialisé comme celui dont il est question » (161).

Citation importante en ce qu'elle montre bien que pour interpréter une disposition constitutionnelle il est souvent nécessaire de raisonner par analogie de façon à lui donner un caractère évolutif et à satisfaire certaines exigences qui n'existaient pas à l'époque de sa

(158) Ainsi par exemple le tribunal du travail, en ordonnant le réembauchage d'un employé congédié injustement, ne statuait pas tant sur l'exécution d'un contrat que pour l'application d'une politique juste dans le domaine de l'emploi et de la paix industrielle. **Id.**, p. 1055.

(159) On note le caractère représentatif (des employeurs et des employés) du tribunal du travail, qui n'existe évidemment pas dans le cas de tribunaux judiciaires comme les cours supérieures. **Id.**, p. 1065.

(160) Notamment au plan de l'intérêt requis pour poursuivre. **Id.**, p. 1063.

(161) **Id.**, p. 1064.

rédaction. Il s'agit en somme d'en saisir l'esprit au-delà de la lettre et de faire que celui-là continue d'être respecté, compte tenu toutefois de l'évolution des situations.

La jurisprudence a considéré comme cours supérieures au sens de l'article 96 non pas toutes les cours exerçant des pouvoirs de nature judiciaire mais uniquement celles exerçant des pouvoirs judiciaires identiques ou analogues à ceux exercés par les cours supérieures en 1867 (162). De cette façon les cours inférieures ont pu voir leur juridiction s'élargir progressivement sans nécessairement devenir pour autant des cours supérieures (163). Et l'augmentation de la limite pécuniaire à la juridiction de ces cours n'a jamais eu pour effet d'en changer le caractère (164), l'argent ayant une valeur trop fluctuante et trop relative pour servir de critère de différenciation entre une cour supérieure et une cour inférieure.

Un autre exemple d'interprétation constitutionnelle évolutive nous est fourni par le jugement du Conseil privé dans l'affaire **A.G. Ontario c. A.G. Canada** (165). On y a reconnu au parlement central le pouvoir d'abolir toute forme d'appel au Comité judiciaire du Conseil privé, invoquant plusieurs raisons et notamment le fait que le Canada était désormais un pays souverain à qui il fallait reconnaître le pouvoir de ne s'en remettre qu'à ses propres tribunaux (166). Que cela ait été impensable, à l'époque d'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'importe pas, écrit Lord Jowitt. « Une telle loi organique doit recevoir l'interprétation souple que requièrent les circonstances nouvelles » (167). Suivant un raisonnement du même type on a décidé dans l'affaire **Proprietary Articles Trade Association c. A.G. Canada** (168) que la compétence fédérale sur le droit criminel (art. 91(27) A.A.N.B.), ne se limitait pas au droit criminel existant en 1867 en Angleterre ou dans les provinces canadiennes mais qu'il s'agissait d'une notion extensible permettant au parlement fédéral de créer de nouveaux crimes tout au long des années.

(162) **Supra**, note 157.

(163) **Reference re Adoption Act**, (1938) R.C.S. 398.

(164) Voir notamment : **Renvoi touchant la constitutionnalité de la loi concernant la juridiction de la cour de magistrat**, (1965) R.C.S. 72.

(165) (1947) A.C. 127.

(166) **Id.**, p. 154.

(167) **Id.**, p. 154.

(168) (1931) A.C. 310.

On pourrait donner bien d'autres exemples d'interprétations constitutionnelles ayant évolué au cours des années. Ainsi il n'est pas douteux que la compétence fédérale sur la faillite et l'insolvabilité (169) a acquis aujourd'hui par l'effet d'interprétations judiciaires successives, une extension beaucoup plus considérable que celle qu'elle possédait au départ. En cette matière on est passé d'une compétence visant à assurer la distribution équitable des biens d'un débiteur insolvable (170) à une compétence beaucoup plus vaste, incluant en particulier la possibilité d'adopter des mesures diverses pour prévenir ou remédier à l'état d'insolvabilité (171).

Plusieurs causes peuvent expliquer cette évolution, dont la moindre n'est sans doute pas le souci croissant de l'État de prendre un droit de regard sur la vie économique et de venir en aide au petit débiteur en difficulté, de façon plus appropriée qu'en assurant simplement la distribution équitable de ses biens une fois sa faillite consommée. Le fait que cette évolution politique et sociale du rôle de l'État se soit traduite dans le droit constitutionnel et qu'elle ait eu pour effet d'élargir la compétence fédérale sur la faillite et l'insolvabilité n'a pas de quoi surprendre ; on peut y voir une fois de plus la marque du caractère évolutif de l'interprétation constitutionnelle.

Des quelques exemples qui précèdent, il ressort nettement que l'interprétation constitutionnelle est souvent de caractère évolutif et sans doute y a-t-il là quelque chose d'inévitable et de nécessaire, comme nous l'avons souligné précédemment.

À cela on pourra nous opposer qu'il n'en a pas toujours été ainsi et que les tribunaux ont aussi parfois opéré l'interprétation de certains passages du texte constitutionnel de façon nettement fixative, en stricte référence au sens qu'on présumait qu'ils avaient au moment de leur adoption. Ainsi de la célèbre affaire dite des conventions de travail (172) où le Conseil privé a interprété l'article 132 A.A.N.B. de façon clairement fixative, accordant au parlement central le pouvoir de mettre en oeuvre par voie législative les traités portant sur des matières provinciales dans les seuls cas où il s'agissait de « traités impériaux » et non dans le cas où il s'agissait de ces traités que le Canada pouvait désormais conclure à titre de signataire autonome

(169) Art. 91(27) A.A.N.B.

(170) **A.G. Ontario c. A.G. Canada**, (1894) A.C. 189.

(171) Voir en particulier : **A.G. British Columbia c. A.G. Canada**, (1937) A.C. 391 ; **Reference re Validity of the Orderly Payment of Debts Act**, (1960) R.C.S. 571.

(172) **A.G. Canada c. A.G. Ontario**, (1937) A.C. 326.

(173). Un autre exemple serait le fait pour les cours d'avoir interprété les notions de taxe directe et de taxe indirecte (174) d'après la définition qu'en donnait au XIXième siècle l'économiste John Stuart Mill et de s'en être tenues, sauf de rares exceptions, à cette définition.

Ces exemples sont exacts (175). Toutefois il faut y voir de plus près. Dans le cas du premier, une solution contraire aurait eu pour résultat pratique de permettre au parlement central, par le biais de sa compétence internationale, de légiférer tant dans les matières que la constitution réserve exclusivement aux provinces que dans celles qui lui sont exclusivement réservées. Ce qui n'a rien d'impensable et qui existe ailleurs, aux États-Unis en particulier. Mais on conviendra aisément qu'un tel résultat eût été à l'opposé de toute la tradition constitutionnelle canadienne, telle que dégagée par les tribunaux, et qui fait si grand cas du caractère exclusif des compétences de chacun des ordres de gouvernement. Face aux résultats d'une telle nature de l'interprétation évolutive, comment se surprendre que le Comité judiciaire ne l'ait pas choisi et ait opté pour l'autre ? On interprète un texte de loi lorsqu'il comporte de l'ambiguité. Voyant les choses dans la perspective décrite, on pouvait aller jusqu'à prétendre qu'il n'en comportait pas et que l'interprétation fixative et étroite s'imposait.

Quant au deuxième exemple il n'est pas non plus si probant qu'il peut paraître à première vue. Le critère de distinction entre une taxe directe et une taxe indirecte qu'a dégagé John Stuart Mill au XIXième siècle en est un de caractère théorique, fondé sur la notion de retransmission de la taxe et à ce titre d'application universelle. La taxe directe est celle qui, de façon générale, est acquittée en définitive par celui de qui elle est exigée en premier lieu, la taxe indirecte étant habituellement retransmise par ce dernier sur un autre. Qu'un tel critère de distinction soit d'invention ancienne, et d'ailleurs souvent difficile à appliquer, ne prouve en rien qu'il est devenu inutile aujourd'hui ni impossible à appliquer. Son caractère théorique le rend applicable à n'importe quelle taxe, y compris celles qui n'existaient pas en 1867. Aussi pourrait-on dire qu'une interprétation véritablement fixative des

(173) On retrouve au jugement de Lord Atkin cette métaphore souvent citée : « le bateau de l'État doit conserver des compartiments étanches même s'il vogue maintenant sur un océan plus large » (p. 354).

(174) Articles 91(3) et 92(2) A.A.N.B.

(175) Bora Laskin les donne comme exemples d'interprétation fixative. LASKIN, B., **Canadian Constitutional Law**, 3ième éd. revisée, 1969, p. 157.

notions de taxe directe et de taxe indirecte aurait été celle qui aurait fait rentrer dans ces deux catégories de taxes les seules taxes directes et indirectes existantes en 1867. Position au reste intenable et que n'a jamais adoptée la jurisprudence ! Vu le caractère théorique et l'applicabilité générale du critère emprunté à John Stuart Mill, on peut dire que la jurisprudence en s'y référant n'a pas vraiment interprété les notions de taxe directe et de taxe indirecte de façon fixative.

Par sa nature même l'interprétation constitutionnelle tend plus que n'importe quelle autre à être de type évolutif. Mais peut-elle l'être au point qu'un tribunal aille jusqu'à renverser une jurisprudence établie au motif que celle-ci aurait été justifiée par un état de fait passé, remplacé par un état de fait nouveau justifiant le revirement jurisprudentiel ? Ainsi par exemple, dans l'hypothèse où le mot « personnes » à l'article 24 de la constitution canadienne aurait été interprété par le Conseil privé au XIXième siècle comme désignant les seules personnes mâles, ce tribunal aurait-il pu en 1929 rendre le jugement que l'on sait et renverser sa décision antérieure, invoquant l'évolution sociologique et juridique survenue dans l'intervalle relativement au statut de la femme ? C'est là tout le problème du « **stare decisis** » en matière constitutionnelle (176).

Au Canada le principe du « **stare decisis** » a toujours été assez strictement respecté, spécialement en matière constitutionnelle, et l'on ne connaît guère d'exemple où un tribunal aurait clairement modifié une interprétation établie précédemment en invoquant un état de fait nouveau advenu dans l'intervalle et moins encore par simple

(176) Le principe du « **stare decisis** » implique qu'un tribunal soit lié par ses décisions antérieures et qu'un tribunal inférieur soit lié par celles d'un tribunal hiérarchiquement supérieur à lui. Sur ce sujet, voir notamment : JOANES, A., **Stare Decisis in the Supreme Court of Canada**, (1958), 36 Revue du Barreau Canadien, p. 175 ; MacGUIGAN, M.H., **Precedent and Policy in the Supreme Court**, (1967), 45 Revue du Barreau Canadien, p. 627. Au départ on peut soutenir que le fait pour un tribunal d'être lié par ses décisions passées se défend moins aisément en matière constitutionnelle qu'en toute autre matière. Dans les matières n'ayant qu'une nature législative le parlement concerné est toujours libre de modifier sa loi de façon à mettre de côté une interprétation judiciaire devenue clairement inappropriée ce qui n'est évidemment pas le cas dans les matières constitutionnelles. On pourrait dès lors souhaiter qu'en ce dernier cas le pouvoir judiciaire ait plus de liberté face aux précédents établis par lui. Voir à ce sujet la remarque du juge Cartwright dans l'affaire **Binus c. la Reine**, (1967) R.C.S. 594, à la page 601. Aux États-Unis le principe du « **stare decisis** » a été jugé particulièrement inapproprié en matière constitutionnelle. Voir : **St-Joseph Stockyard Co. c. United States**, (1936), 298 U.S. 38, à la page 94.

souci de changer le sens d'une jurisprudence (177). Mais en cette matière ce n'est pas tout de s'arrêter aux positions et aux déclarations de principe. Il faut aller au-delà et considérer le comportement concret des tribunaux face à la tâche d'interpréter la constitution. À cet égard on n'insistera jamais assez sur le fait que la plupart des jugements constitutionnels interviennent sur des lois spécifiques ou à la suite de litiges particuliers et il faut toujours beaucoup se garder de leur faire trop dire et d'en déduire des principes généraux qu'ils ne contiennent pas, vu le contexte bien particulier où ils ont été rendus. Quelques exemples feront bien voir de quoi il s'agit.

Dans l'affaire **A.G. Saskatchewan c. A.G. Canada** (178) le Conseil privé, confirmant le jugement de la Cour suprême du Canada (179), déclarait inconstitutionnelle une loi provinciale de Saskatchewan qui visait à alléger les obligations financières des fermiers au cas de mauvaises récoltes en leur permettant de retarder le remboursement de leurs dettes en capital, voire même de bénéficier d'une diminution de dettes en capital d'un pourcentage égal au pourcentage de l'intérêt à une certaine date. Loi invalide, estima le tribunal, du fait qu'en dépit de l'artifice utilisé elle portait bel et bien sur l'intérêt, matière de compétence fédérale (180). Pourtant dans l'affaire **Ladore c. Bennett** (181), de quelques années antérieure, le même tribunal avait jugé valide une loi d'Ontario qui fusionnait certaines municipalités à la suite de difficultés financières qu'elles avaient connues et donnait à une commission gouvernementale la possibilité de modifier le taux d'intérêt sur les obligations qu'elles avaient émises, autre mesure susceptible d'alléger le fardeau de leurs dettes. Dira-t-on à propos de ces deux affaires que la première opère par rapport à l'autre un net revirement jurisprudentiel ? On dira plus simplement

(177) Certes le Conseil privé avait déjà établi qu'il n'était pas lié par ses propres décisions (**Tooth c. Power**, (1891) A.C. 284) de la même façon que la Chambre des Lords ne l'est plus par les siennes depuis 1966 (Practice Statement, Judicial Precedent, (1966), 1 W.L. R. 1234) mais il a quand même indiqué des réticences à s'éloigner de ce principe en matière constitutionnelle (voir : **A.G. Ontario c. Canada Temperance Federation**, (1946) A.C. 193, à la p. 206). Depuis l'abolition des appels au Conseil privé certains juges de la Cour suprême ont déclaré à quelques reprises que celle-ci n'était dorénavant plus liée par les décisions de celui-là, non plus que par les siennes propres, le juge Rand étant celui qui dans l'avis consultatif **Re The Farm Products Marketing Act**, (1957) R.C.S. 198, p. 212 est allé le plus loin dans ce sens.

(178) (1949) A.C. 110.

(179) (1947) R.C.S. 394.

(180) Art. 91(19) A.A.N.B.

(181) (1939) A.C. 468.

que les deux lois dont la constitutionnalité était mise en question n'étaient pas de même nature, la loi de Saskatchewan portant directement sur l'intérêt alors que la loi d'Ontario, plus large dans les mesures qu'elle établissait, ne faisait que l'affecter de façon incidente, pour reprendre une terminologie constitutionnelle consacrée (182), et pouvait être considérée comme une loi de nature municipale, matière de compétence provinciale (183).

Les exemples de ce type abondent dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Ils montrent que pour apprécier la constitutionnalité d'une loi c'est à cette loi même et à ses caractères propres qu'il faut se référer et qu'il faut toujours prendre garde de faire dire à des jugements passés plus qu'ils ne veulent dire. Une appréciation rapide de l'affaire **A.G. Saskatchewan c. A.G. Canada** (184) aurait pu faire conclure que les provinces ne peuvent en aucune façon modifier les taux d'intérêt stipulés dans les contrats ou sur des obligations. La suite devait montrer que l'arrêt en question n'avait pas une telle portée. S'il est vrai que prise isolément une telle mesure échappe à la compétence des provinces, la présence à ses côtés d'autres mesures de même que le contexte concret où elle est destinée à être appliquée peuvent avoir pour effet d'en changer la nature et d'inciter les tribunaux à en opérer une qualification constitutionnelle différente (185).

(182) De la même façon la Cour suprême du Canada dans l'affaire **A.G. Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.**, (1963) R.C.S. 570 a jugé valide une loi d'Ontario permettant l'annulation ou la réforme, à tous égards et notamment quant au taux d'intérêt, d'un contrat de prêt d'argent considéré comme étant d'un coût excessif et déraisonnable. La loi ne faisait qu'affecter de façon incidente la compétence fédérale sur l'intérêt.

(183) Art. 92(8) A.A.N.B.

(184) **Supra**, note 178.

(185) Signalons à ce sujet que la prise en considération par les cours du contexte concret d'application d'une mesure législative en vue d'apprécier sa constitutionnalité est quelque chose de tout à fait admissible en droit. Ainsi dans l'affaire **Ladore c. Bennett**, **supra**, note 181, le Conseil privé admit en preuve un précédent rapport d'une commission d'enquête sur les difficultés financières des municipalités concernées, l'existence de ces difficultés aidant à conclure que la mesure législative dont il s'agissait était réellement d'intérêt municipal et relevait à ce titre de la compétence de la province d'Ontario. Preuve admissible parce qu'objective et visant à montrer ce que sera l'impact concret d'une loi dans la réalité. On remarquera cependant qu'il en va tout différemment des preuves visant à établir l'intention du législateur, telle que dégagée en particulier dans les débats législatifs ou les discours politiques des ministres et des députés. Celles-là sont strictement inadmissibles parce qu'elles sont des simples preuves d'intention, qui ne disent rien sur l'impact concret et les effets

Pour conclure ces remarques sur l'interprétation constitutionnelle, observons simplement que celle-ci présente essentiellement deux caractères. Son premier caractère est d'être très souvent évolutive et souple, et les quelques exemples que nous avons rapportés à ce sujet nous semblent l'illustrer clairement. Elle a comme deuxième caractère d'être toujours en stricte dépendance de la loi ou du litige particulier à propos desquels le jugement constitutionnel est intervenu. Ce qui veut dire en pratique que même si le précédent judiciaire a toujours beaucoup de force en droit constitutionnel, encore faut-il bien s'assurer qu'il s'agit d'un précédent pertinent à l'affaire nouvelle, ce qui n'est pas, il s'en faut de beaucoup, toujours le cas. Les exemples cités le montrent aussi.

Gardant à l'esprit les remarques qui précèdent, examinons maintenant certains problèmes d'interprétation constitutionnelle qu'a posés et que continue de poser l'article 93 A.A.N.B.

SECTION II. L'interprétation constitutionnelle de l'article 93 A.A.N.B.

L'article 93 A.A.N.B. accorde aux provinces une compétence exclusive en matière d'éducation, sous réserve notamment des droits et privilèges statutairement conférés en 1867 relativement aux écoles confessionnelles (paragraphe 1). De toutes les dispositions du texte constitutionnel canadien c'est probablement celle qui prête le plus à une interprétation fixative. Car son effet est de cristalliser certaines situations de droit existantes en 1867 et dont la modification ou l'abolition pourrait porter préjudice aux catholiques et aux protestants. Plus que n'importe quelle autre cette disposition invite donc à une interprétation de type historique du seul fait de la référence expresse qu'on y trouve au « droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union ». Certes on pourrait aisément imaginer que les tribunaux, par un souci d'interprétation évolutive et d'adaptation du texte constitutionnel aux circonstances changeantes, appliquent à cette disposition une méthode d'interprétation par analogie, comme ce fut parfois le cas pour d'autres dispositions. Mais on peut dire que de façon générale ce n'est pas la voie qu'a empruntée le pouvoir judiciaire à ce jour, préférant s'en référer aux situations de droit de 1867, comme l'y invitait expressément du reste le texte même de la disposition.

Une telle méthode d'interprétation, que suggérait fortement il faut en convenir le texte constitutionnel même, aurait pu, en raison

pratiques d'une loi dans la réalité. **Texada Mines Ltd. c. A.G. British Columbia**, (1960) R.C.S. 713; **A.G. Canada c. Reader's Digest Association**, (1961) R.C.S. 775.

de son caractère de fixité, entraîner beaucoup d'inconvénients pour les pouvoirs publics provinciaux et barrer pratiquement la route à toute possibilité de réforme en matière d'éducation. Or cela ne s'est jamais produit, et on le doit au fait qu'en jurisprudence l'interprétation de type historique et fixatif dont nous avons parlé s'est combinée avec d'une part une interprétation très étroite des droits et privilèges garantis relativement aux écoles confessionnelles et d'autre part une interprétation très large des pouvoirs de l'autorité gouvernementale en matière d'éducation.

Ce triple caractère de l'interprétation constitutionnelle de l'article 93, historique et fixatif, étroit quant à la nature et au champ d'application des droits et privilèges garantis et large quant aux pouvoirs de l'autorité gouvernementale, ressort de façon très nette de l'ensemble de la jurisprudence que nous avons examinée antérieurement. Ainsi dans l'affaire **Barrett** (186) le fait que le Conseil privé n'ait reconnu aux catholiques du Manitoba que le droit de continuer d'établir avec leurs propres ressources des écoles privées confessionnelles sans être exemptés pour autant de contribuer au soutien des écoles publiques non-confessionnelles est bien la marque d'une interprétation fixative et stricte, l'école confessionnelle publique n'existant pas au moment de l'entrée de cette province dans la Confédération ; c'est aussi la marque d'une interprétation étroite des droits de cette minorité religieuse, celle-ci devenant en pratique et désormais soumise à la double taxation (187) ; c'est enfin la marque d'une interprétation large des pouvoirs de l'autorité gouvernementale, cette dernière devant avoir la possibilité de mettre sur pied le système d'éducation qui à son dire répondait le mieux aux besoins de la population (188). Et des remarques analogues pourraient être faites dans le cas de l'affaire **Maher c. Town of Portland** (189).

L'affaire **Mackell** dont il a été aussi précédemment question (190) confirme une fois encore notre analyse. Dans cette affaire, en effet, si l'on avait souhaité interpréter largement les garanties constitutionnelles en matière d'écoles confessionnelles, on aurait toujours pu

(186) **Supra**, note 29.

(187) On aurait pu soutenir que cela l'affectait de façon préjudiciable, d'autant mieux que l'**Acte du Manitoba**, lui garantissait le maintien des droits ou privilèges reconnus aussi par la coutume ou la pratique et qu'en pratique avant 1870 cette minorité n'était pas ainsi doublement taxée. Voir **supra**, note 31.

(188) **Id.**, p. 450.

(189) Voir **supra**, note 25.

(190) Voir **supra**, note 12.

soutenir que la détermination de la langue d'enseignement avait quelque rapport avec leur maintien, compte tenu du fait que la minorité catholique comportait une large part de francophones et que les restrictions apportées à l'usage de la langue française pouvaient en pratique mettre en péril l'école confessionnelle catholique. Ce n'est pas ainsi qu'on a jugé. Refusant d'admettre que le pouvoir des autorités scolaires locales d'administrer les écoles et d'en déterminer le caractère pouvait inclure le pouvoir de décider de la langue d'enseignement qu'on y utilisait, on a préféré une fois de plus attribuer ce dernier pouvoir à l'autorité provinciale, et conclure au caractère strictement religieux des protections de l'article 93 (191).

L'affaire **Hirsch** (192) nous inspire des commentaires du même genre. Dans cette affaire la détermination des garanties de l'article 93 s'est faite sur une base strictement historique et en référence à ce qu'étaient ces garanties en 1867. On y a aussi reconnu qu'elles n'avaient d'application qu'au niveau de l'école élémentaire, n'oubliant pas de mettre l'accent sur la « large mesure de liberté » dont devait jouir la législature du Québec pour pouvoir moderniser son système d'éducation (193). Et de toutes les affaires dont il a été antérieurement question c'est encore l'affaire **Tiny** qui illustre le mieux les caractères de l'interprétation constitutionnelle de l'article 93 que nous avons précédemment dégagés. Qu'il s'agisse de subsides, de classification des écoles ou de toute autre question, partout transparaît la primauté des pouvoirs des autorités gouvernementales en matière d'éducation, sous la seule réserve des garanties confessionnelles existantes en 1867, elles-mêmes interprétées restrictivement.

De cette jurisprudence que nous venons de rappeler et que nous avons analysée au chapitre précédent, il ressort qu'autant elle apparaît favorable aux pouvoirs des autorités provinciales en matière d'éducation, autant elle semblerait impliquer que celles-ci ne peuvent modifier les garanties historiques minimales reconnues, c'est-à-dire à notre avis le privilège de dissidence et ses composantes essentielles telles que décrites précédemment. À ce titre il s'agirait d'une jurisprudence de type historique et fixatif.

Aussi la question qui se pose est-elle de savoir si et dans quelle mesure l'autorité législative provinciale pourrait constitutionnellement

(191) Voir notre développement précédent sur la nature des protections de l'article 93.

(192) Voir **supra**, note 24.

(193) **Id.**, p. 113.

modifier ces garanties pour les remplacer par d'autres, dont on pourrait prouver qu'elles seraient aussi efficaces en pratique dans le contexte contemporain que les précédentes pour le maintien de la confessionnalité de l'enseignement (194), ce qui constitue la finalité fondamentale de l'article 93. Ou pour dire les choses d'une autre façon, jusqu'à quel point le pouvoir judiciaire, compte tenu de la jurisprudence existante, pourrait-il accepter désormais d'interpréter l'article 93 de façon évolutive et reconnaître par exemple que cette disposition est compatible avec des structures administratives locales non-confessionnelles, si tant est que la confessionnalité des enseignements est suffisamment protégée par ailleurs ?

Tout ce que nous pouvons dire à ce sujet c'est qu'à ce jour et dans l'état actuel du droit positif en la matière, cette possibilité, quoique non exclue, n'est pas très grande. Le texte constitutionnel même invite clairement à une interprétation historique et c'est à celle-ci que jusqu'à maintenant les tribunaux s'en sont tenus. Pour cette raison une interprétation évolutive est moins facilement envisageable pour l'article 93 que pour d'autres dispositions constitutionnelles dont on a vu qu'elles avaient donné prise à une interprétation de ce genre. À cela on pourrait ajouter que compte tenu de la rareté des revirements jurisprudentiels en matière constitutionnelle au Canada, il est légitime de présumer que la jurisprudence passée et dont nous avons fait l'examen continuerait d'orienter les décisions judiciaires futures.

À ce sujet on pourrait soutenir que l'opinion de Lord Buckmaster dans l'affaire **Mackell** à l'effet que le droit ou privilège protégé par l'article 93 « est un droit ou privilège rattaché à l'enseignement confessionnel » (195) impliquerait que cette disposition garantirait la confessionnalité de l'enseignement sans nécessairement garantir celle des structures administratives. Dans cette affaire les avocats des défendeurs avaient plaidé que ce que l'article 93 garantissait était « le droit de maintenir le caractère confessionnel des écoles protégées, non la façon dont les syndics dirigeaient les écoles ». Mais si l'on tient compte de l'ensemble de la jurisprudence, c'est un point de vue qu'il est difficile d'adopter.

Toutefois il nous faut insister sur le fait, déjà observé, qu'un jugement constitutionnel est toujours en stricte dépendance des parti-

(194) On a déjà signalé que la preuve des effets pratiques d'une loi est admissible et utile pour établir la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de celle-ci. Voir **supra**, note 185.

(195) Voir **supra**, note 12, p. 71.

cularités du litige et de la nature de la loi qui y a donné lieu. Une loi qui opère un réaménagement général des structures d'un système scolaire donné ne sera pas nécessairement qualifiée de la même façon, en regard de l'article 93, qu'une loi ayant un effet plus limité, et les exemples donnés antérieurement et empruntés à d'autres secteurs du droit constitutionnel le montrent clairement. Ainsi nous croyons que même si, suivant l'affaire **Hirsch** (196), une loi ayant pour seul effet d'admettre de droit les personnes n'étant ni catholiques ni protestantes à occuper des postes de commissaires d'écoles à Montréal serait inconstitutionnelle, il n'en irait pas de même d'une loi qui n'aurait cet effet qu'incidemment et dont l'effet général serait de réaménager le territoire scolaire du Montréal de 1867, le soumettant au régime scolaire de droit commun et rendant de ce fait ces personnes éligibles au poste de commissaires d'écoles de la majorité (197). De la même façon il faut tenir compte du fait que les lois ou mesures réglementaires provinciales ayant donné lieu à la jurisprudence que nous avons examinée avaient dans la plupart des cas des effets très spécifiques et qu'aucune n'avait l'ampleur du projet de loi numéro 28 que nous analyserons. À ce titre il se pourrait qu'appelé à statuer sur la constitutionnalité de ce dernier le pouvoir judiciaire envisage les choses avec plus de souplesse et adopte une interprétation moins fixative de l'article 93.

Cela dit et pour résumer ce qui précède nous croyons que dans l'état actuel du droit l'interprétation constitutionnelle de l'article 93 présente les caractères que nous décrivions au début. Autant elle accorde à l'autorité provinciale des pouvoirs larges en matière d'éducation, autant elle lui interdit, à cause de sa fixité et de son caractère historique, d'abolir le droit à la dissidence dans ses composantes essentielles, mais cela, au niveau de l'instruction élémentaire seulement et conformément à la délimitation que la province demeure libre de donner à ce niveau.

(196) Voir **supra**, note 24, pages 211-212.
(197) Voir **supra**.

Chapitre IV

Le projet de loi numéro 28

Il est manifeste que le législateur poursuit dans le projet de loi numéro 28 ses efforts de rationalisation et de modernisation du régime scolaire du Québec ; ce qu'il a fait par le projet de loi numéro 27 (198) en matière de regroupement et de gestion des quelque 1,100 municipalités scolaires locales existantes en dehors de l'île de Montréal, il le continue pour ce dernier territoire par le projet de loi numéro 28. Celui-ci, essentiellement, regroupe les municipalités scolaires de l'île de Montréal ; il les dissout, d'une part, pour leur substituer, d'autre part, onze nouvelles municipalités qui seront assujetties à l'autorité d'un nouvel organe de coordination : le Conseil scolaire de l'île de Montréal.

L'un des traits dominants de ce projet de loi est donc l'établissement de nouveaux cadres de travail ou de nouvelles structures scolaires. Le second trait essentiel du projet de loi est le réaménagement de la confessionnalité en matière scolaire ; cette confessionnalité cesse désormais d'être d'ordre administratif et se déplace du côté des écoles : dans cette perspective, le droit à la dissidence n'est plus considéré nécessaire et est enlevé.

Si nous considérons isolément certaines des dispositions du projet de loi, nous devons admettre que, eu égard aux lois scolaires pré-confédérales, elles affectent des bénéfices reconnus. Mais il nous semble difficile de lire ainsi isolément le projet de loi ; celui-ci s'inscrit dans le cadre d'une évolution marquée des lois québécoises relatives à l'éducation qui ont, depuis 1867, réalisé en premier lieu, un nouveau partage de responsabilités entre les autorités locales et les autorités provinciales, et, en second lieu, proposé de nouvelles garanties aux écoles confessionnelles.

(198) **Loi concernant le regroupement et la gestion des commissions scolaires**, sanctionnée le 10 juillet 1971.

Le regroupement que veut effectuer le projet de loi vise indistinctement des corporations de commissaires, des corporations de syndics et les corporations catholiques et protestantes de Montréal de 1867. Compte tenu de l'absence de garantie d'ordre territorial que suggère l'article 30 de la **loi de l'instruction publique de 1861**, il semble que ce regroupement et l'établissement de nouvelles structures puissent validement se faire, à la réserve toutefois du maintien du droit à la dissidence exerçable si l'opération portait atteinte aux garanties attribuées aux écoles confessionnelles. Toutefois, dans l'hypothèse où le pouvoir gouvernemental en matière de délimitation et d'érection de municipalités ne pourrait s'exercer de manière à remplacer les municipalités et corporations scolaires de Montréal de 1867, et comme nous devons tenir pour garanti le privilège de la dissidence, il faut examiner de près le projet de loi pour en découvrir les parties qui véritablement dépasseraient les limites permises.

Dans ce chapitre, nous allons étudier les traits dominants du projet de loi numéro 28 dans une double perspective d'analyse statutaire et d'évaluation constitutionnelle, et avec l'aide des lois pertinentes pré et post-confédérales. Cette démarche nous permettra d'analyser d'abord les aspects généraux de ce projet de loi, ensuite celles de ses dispositions qui concernent spécifiquement la confessionnalité.

SECTION I. **Analyse générale.**

Le regroupement des commissions scolaires qu'essaie de réaliser le projet de loi numéro 28 ne procède pas des caprices ou des fantaisies du législateur. C'est un fait, admissible en preuve, que cette politique de regroupement a été proposée d'abord par le **Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec** (199), ensuite par le **Rapport du Conseil de restructuration scolaire de l'île de Montréal** (200). Les inconvénients du morcellement scolaire de l'île de Montréal font l'objet de commentaires utiles dans le rapport Parent et expliquent les recommandations de ces deux études tendant vers une régionalisation des municipalités scolaires de l'île et vers la coordination des activités des commissions scolaires nouvelles qui devaient émaner de cette régionalisation.

Il est évident que le projet de loi numéro 28 veut remédier aux inconvénients du morcellement scolaire, et constitue la réponse légis-

(199) Québec, 1966, v. 4, pages 192 ss. (Rapport Parent).
(200) Montréal, 1968 (Rapport Pagé).

lative aux études auxquelles nous venons de référer et dont il s'inspire largement. Il fait table rase des délimitations anciennes et procède à un nouveau découpage de territoire ; au lieu de 33 municipalités scolaires, il y en aura désormais onze, soumises à l'autorité de commissaires d'écoles (201). Chaque commission scolaire est composée de commissaires élus (art. 583). Cette élection des commissaires constitue une innovation pour le territoire soumis à l'autorité du Bureau des commissaires d'écoles protestants de la Cité de Montréal et de la Commission des écoles catholiques de Montréal, car jusqu'à maintenant les commissaires de ces deux organismes ont été nommés par les autorités gouvernementale, municipale et ecclésiastique.

Ainsi, le « P.S.B.G.M. » (Bureau métropolitain des écoles protestantes établi en 1945), les douze commissions scolaires sous la juridiction de ce Bureau, les trois commissions scolaires protestantes indépendantes dudit Bureau, la C.E.C.M. et les dix-sept autres commissions scolaires à direction catholique devront disparaître si le projet de loi numéro 28 est adopté. De toutes ces commissions scolaires, il n'y en a que deux dont la disparition risquerait d'enfreindre la constitution du Canada : il s'agit de la Commission des écoles catholiques et du Bureau des commissaires d'écoles protestants dans la mesure où ces organismes ont succédé aux corporations mentionnées à l'article 130 de la loi de 1861. Dans le cas des autres commissions scolaires, il est clair qu'elles n'ont pas de territoires intangibles, même si elles sont des corporations de syndics, et peuvent être dissoutes. Cela ne veut pas dire toutefois que l'érection de nouvelles municipalités scolaires doive emporter l'élimination du droit à la dissidence : celui-ci doit pouvoir s'exercer, dans les conditions prévues à l'article 55 de la loi de 1861, après la mise en place des onze commissions scolaires nouvelles.

La disparition des commissions scolaires existantes (art. 14 du projet de loi numéro 28) signifie évidemment la perte de leurs pouvoirs dont certains sont transférés aux nouvelles commissions et certains attribués au Conseil scolaire de l'Ile. De manière générale, ces nouvelles commissions s'occuperont, sous le nouveau régime, d'abord de l'organisation de l'enseignement. Entre autres fonctions, conformément à l'article 203, elles surveilleront la qualité de l'enseignement, animeront celui-ci en édictant les mesures nécessaires pour

(201) Art. 582 de la **loi de l'instruction publique**, (1964) S.R.Q. ch. 235, telle que modifiée par le projet de loi numéro 28. Toute référence subséquente à l'intérieur du texte à un article est une référence à cette loi, à moins d'indication contraire.

que les cours d'études de la première à la onzième année, adoptés ou reconnus pour les écoles publiques catholiques, protestantes et autres, soient dispensés aux enfants soumis à leur juridiction (art. 587), et feront des règlements pour la régie des écoles ; elles devront mettre gratuitement les livres de classe à la disposition de tous les enfants (art. 208), et auront la responsabilité touchant la sélection, l'engagement et le congédiement du personnel enseignant et du personnel administratif requis (arts 204 et 212 à 223). Ces queiques fonctions des commissions scolaires indiquent que le projet de loi a respecté le principe de l'autonomie pédagogique des commissions scolaires locales (nouvelles) et a maintenu ce genre de décentralisation qui offre aux administrateurs locaux une large mesure d'initiatives.

Les deux autres fonctions qui incomberont aux nouvelles commissions scolaires seront l'administration courante et la gestion financière. C'est ainsi qu'elles administreront leurs biens, pourront acquérir l'équipement scolaire requis, et choisir et acquérir les terrains nécessaires pour les emplacements de leurs écoles, acquérir, construire, louer, aliéner, agrandir, transformer et démolir des écoles (art. 224) ; toutefois ces derniers pouvoirs en matière immobilière sont limités par l'article 588 qui prévoit des autorisations ou approbations préalables du Conseil scolaire et du Ministre de l'éducation.

Dans le domaine de la gestion financière, l'autonomie scolaire locale a été considérablement réduite au profit du Conseil scolaire. Celui-ci, composé de quinze membres, onze étant désignés par les commissions scolaires et quatre nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil (art. 600), assumera dorénavant les principales responsabilités. Les commissions scolaires pourront effectuer les dépenses autorisées par leur budget, mais celui-ci devra avoir été soumis au Conseil scolaire et approuvé par le Ministre ; toute dépense n'ayant pas fait l'objet d'une approbation devra être autorisée par le Conseil (art. 590).

En réalité, les commissions scolaires locales n'auront guère de latitude dans le domaine financier. Le Conseil étudiera et approuvera les budgets, imposera le taux des taxes requises pour ses propres fins et celles des commissions scolaires locales, et recevra, à l'exclusion de toute autre autorité, le produit de ces taxes (art. 606). Il sera, seul, responsable du financement des commissions scolaires (à la réserve de certains pouvoirs spécifiques octroyés aux commissions scolaires et prévus à l'article 588, mais dont l'exercice est subordonné dans la plupart des cas à l'autorisation du Conseil) ; il pourvoira à la planifi-

cation du fonctionnement et du développement des commissions scolaires et à l'organisation des services communs ; il pourra établir des règlements relatifs à ces matières et applicables aux commissions scolaires (exemple : normes budgétaires). Pour exercer ces devoirs, il pourra créer différents services et engager le personnel requis (art. 606).

C'est lui qui contractera les emprunts et émettra les obligations nécessaires à ses opérations (art. 607). Chaque année, il versera les montants requis pour permettre aux commissions scolaires d'administrer le budget (art. 614).

Voilà ce qui nous semble être les traits dominants de la nouvelle structure administrative qui remplacera l'actuelle. La mise en place de cette nouvelle structure qui, nous le verrons, est neutre, suppose, pour qu'elle puisse se faire validement, que le législateur provincial a compétence pour récupérer et redistribuer les pouvoirs des commissions scolaires : pouvoirs financiers, pouvoirs fiscaux, pouvoirs de direction pédagogique, pouvoirs de gestion et de contrôle. Examinons si et dans quelle mesure il peut le faire par le projet de loi numéro 28.

A) Pouvoirs financiers.

Il nous paraît indéniable que l'Assemblée nationale peut restreindre l'autonomie budgétaire des commissions scolaires et édicter des normes élaborées relatives à leurs dépenses. De nombreuses dispositions de la loi de 1861 étayent ce point de vue. C'est ainsi que l'Assemblée nationale peut empêcher les commissions scolaires d'effectuer des dépenses non autorisées (arts 359 et 590), elle peut les obliger à transmettre des états financiers au gouvernement ou à tout autre organisme désigné (art. 591), elle peut les astreindre à certains contrôles relatifs à l'acceptation d'hypothèques, de contrats d'emprunts, de baux ou autres contrats (art. 588). De plus, il ne fait pas de doute dans notre esprit que le législateur, s'il ne peut enlever aux commissions scolaires leur droit de recevoir la proportion définie en 1861 d'un fonds des écoles, a la compétence pour en déterminer la valeur. Ainsi, l'article 606 qui prévoit que le Conseil scolaire pourvoit au financement des commissions scolaires va trop loin dans la mesure où les dissidents, et les commissions scolaires de Montréal de 1867, dans l'hypothèse où l'on admettrait que celles-ci ne peuvent être dissoutes, perdent leur droit de recevoir une part d'un fonds des écoles.

Toutefois, il faut s'empresser d'ajouter que l'Assemblée nationale ferait subir un net recul aux droits des dissidents et possiblement des résidents du territoire montréalais de 1867 en ne leur octroyant que les droits d'ordre financier de 1861 ; ils perdraient les avantages que les formules de financement post-confédérales, non garanties, leur ont procurés et qui sont plus étendus que ceux de 1861 (202).

Nous croyons aussi que l'Assemblée nationale peut enlever aux commissions scolaires existantes tout pouvoir d'emprunt à long terme effectué par lettre de change, billet, ou émission d'obligations (arts 588 et 607). Elle est également fondée à limiter les pouvoirs des commissions scolaires relativement à la signature de baux, acquisition, aliénation, démolition, construction et agrandissement d'immeubles (art. 588). En d'autres termes, l'activité financière des commissions scolaires peut être assujettie à une très grande variété de contrôles.

À notre avis, les pouvoirs du gouvernement et de l'assemblée législative, du conseil d'instruction publique, du surintendant de l'éducation et des inspecteurs, tels qu'articulés par la loi de 1861 et interprétés par la jurisprudence, autorisent de tels résultats. Le Conseil scolaire de l'Ile de Montréal peut être mis en place et exercer, par rapport aux commissaires de Montréal, aux autres commissaires et aux syndics, les pouvoirs d'ordre financier que lui délègue le projet de loi.

B) Pouvoirs fiscaux.

En enlevant aux commissions scolaires, existantes et nouvelles (unifiées) le droit d'imposer des taxes pour le maintien d'écoles sous leur contrôle et en transférant ce droit au Conseil scolaire (203), le projet de loi numéro 28 ne respecterait pas les droits des syndics de taxer et ainsi de jouir de la possibilité de financer leurs écoles au moyen de ressources locales provenant de la minorité qu'ils représentent, dans l'hypothèse où l'on admettrait que ces droits de taxer sont constitutionnellement protégés. Nous croyons qu'il conviendrait de modifier l'article 586 de la loi de façon à éliminer toute référence aux articles 71 à 89. De cette manière, le projet de loi devrait se lire et s'interpréter de façon à ne pas porter atteinte au droit à la dissidence. Ce droit, faut-il le rappeler, est fort limité, car les dissidents ne

(202) Voir en particulier la **loi des subventions aux commissions scolaires**, S.R.Q., 1964, R. 237.

(203) Voir l'article 586 qui déclare non applicable aux commissions scolaires nouvelles l'article 237 de la **loi de l'instruction publique** ; voir aussi les articles 606 et 645.

peuvent réclamer, compte tenu de la loi de 1861, que la gestion d'écoles élémentaires et l'accès à des sources de financement proportionnelles qui sont indéterminées et minimes : indéterminées en ce sens que le montant des octrois gouvernementaux serait variable, minimes en ce sens que les cotisations imposées aux dissidents seulement (voir art. 57(1) de la loi de 1861), la rétribution mensuelle (art. 57(2)) et la surtaxe (art. 74) ne pourraient garantir la survie des écoles dissidentes en 1971, d'autant que l'Assemblée nationale pourrait réduire à un pourcentage infime le taux de la taxe et de la surtaxe scolaires et assurer le financement de l'éducation avec les sommes provenant du fonds général des impôts. De plus, il ne faut pas perdre de vue que les bénéfices découlant des articles 423 ss. et concernant la perception des cotisations des corporations ont été octroyés aux syndics après 1867 et ne jouissent pas de la protection constitutionnelle.

En conséquence, la reconnaissance du droit à la dissidence peut n'avoir qu'une valeur bien théorique si l'Assemblée nationale ne garantit aux syndics que leurs pouvoirs fiscaux de 1861, au reste compressibles. C'est ainsi qu'un tel régime risquerait d'être fort préjudiciable à l'école dissidente en menaçant ses assises financières. Les dispositions du projet de loi numéro 28 sur le financement des commissions et des écoles ne nous paraissent pas préjudicier à l'existence des écoles confessionnelles (qui ont droit de cité (art. 587)) puisqu'elle leur assure une protection financière plus sûre que ne le permettrait, comme nous venons de le démontrer, le régime de la dissidence.

En ce qui concerne les écoles confessionnelles de Montréal, nous avons déjà indiqué que leur financement était subordonné aux octrois provinciaux et municipaux, dont l'étendue dépendait du contenu de fonds des écoles (arts 131 et 132 de la loi de 1861). Ces octrois pouvaient être modestes. De plus, les deux corporations de Montréal de 1867 n'avaient pas le droit de taxer leurs ressortissants, contrairement aux autres commissions scolaires (art. 131 de la loi de 1861) ; elles n'avaient le droit qu'à la surtaxe mentionnée à l'article 74 de la loi de 1861.

Selon nous, il serait donc possible de donner au Conseil scolaire le pouvoir de taxer, avec toutefois les réserves suivantes :

i) Que celui-ci ne pourrait s'exercer dans le champ fiscal appartenant aux syndics de par la loi de 1861 et servant aux écoles sous leur juridiction, au cas où le privilège de dissidence serait exercé.

ii) Que la Commission des écoles catholiques de Montréal et le Bureau des commissaires d'écoles protestants, en tant que successeurs des corporations scolaires de Montréal de 1867, aient un droit à la surtaxe, dans la mesure où l'on reconnaîtrait que le statut particulier de Montréal en 1867 serait protégé.

C) Pouvoir de direction pédagogique.

Comme nous l'avons vu antérieurement, les fonctions d'ordre pédagogique attribuées aux commissaires ou syndics d'écoles et figurant à l'article 65 de la loi de 1861 se ramènent à des proportions très réduites. Ceux-ci pouvaient choisir ou renvoyer les maîtres, et réglementer le cours d'études, mais dans le cadre de la loi ou des règlements émanant de l'autorité provinciale.

En conséquence et sujet aux réserves faites ci-haut, le projet de loi numéro 28 pourrait continuer de produire ses effets, dans les transferts de pouvoirs pédagogiques qu'il opère, même vis-à-vis les syndics des écoles dissidentes qui pourraient éventuellement être instituées. Et il va de soi que même si l'on reconnaissait le caractère protégé du statut particulier du Montréal de 1867, de tels transferts de pouvoirs pourraient aussi y être faits.

D) Pouvoir de gestion et de contrôle des écoles.

Le projet de loi numéro 28 enlève d'abord aux syndics et aux commissaires leur droit de propriété des écoles et les transfère aux commissions scolaires nouvelles. Il est à remarquer que la loi de 1846 (204) avait opéré une telle mutation de propriété et indiquait que les actifs scolaires pouvaient changer de main. Le pouvoir du gouvernement d'effectuer de nouvelles délimitations territoriales qui ont pour effet inévitable de transférer des actifs à une nouvelle commission scolaire suggère que l'Assemblée nationale a compétence pour atteindre ce résultat.

En temps opportun, dans l'hypothèse où des minorités dissidentes au sens de la loi de 1861 pourront légalement se manifester et justifier leur droit à la gestion d'écoles confessionnelles aujourd'hui existantes, leurs réclamations pourront être entendues et jugées.

En ce qui regarde la gestion et le contrôle des écoles, il paraît évident que la province a compétence pour en tracer les lignes maîtresses par elle-même ou tout autre organe. Elle peut planifier leur fonctionnement et leur développement (art. 606), leur imposer diffé-

(204) 9 Vict. c. 27, a. 24.

rentes obligations en matière de services aux étudiants (art. 589), ou leur enlever le devoir de procéder au recensement (art. 586).

En conclusion, il nous est permis d'affirmer que le projet de loi dans la mesure où il réalise la dissolution des commissions scolaires existantes est généralement valide, sous réserve du droit à la dissidence qu'il conviendrait de respecter même si en regard du régime scolaire proposé par ledit projet de loi son exercice serait moins avantageux. En ce qui regarde les anciennes commissions scolaires de Montréal, il y aurait d'autant moins lieu de leur réserver un régime particulier que leurs droits sous ce régime seraient précaires et qu'elles seraient désavantagées si on les restreignait à leur statut préconfédératif.

SECTION II. **Le problème de la confessionnalité.**

Les objections au projet de loi numéro 28 sur le plan de la confessionnalité sont nombreuses : le financement, la taxation, la gestion et le contrôle des écoles, de même que les structures ne sont pas confessionnelles. Ainsi, les catholiques et protestants ne géreront ou n'administreront plus leurs écoles avec des taxes distinctes. En d'autres termes, l'organisation scolaire de Montréal devient neutre : financement neutre, taxation neutre, commissions scolaires et Conseil scolaire non-confessionnels.

Les nouvelles protections en matière de confessionnalité ne se situent plus au niveau des structures mais bien au niveau des programmes et des écoles. Cette conception de la confessionnalité, adoptée par le projet de loi numéro 28, avait été proposée par le Rapport Parent :

> « C'est au niveau de l'école elle-même que se réalise la confessionnalité scolaire. C'est donc aux parents des élèves en collaboration avec la direction de l'établissement qu'il revient de déterminer les modalités concrètes du caractère confessionnel de l'institution. Cette fonction ne doit pas leur être enlevée par un organisme public qui viendrait en quelque sorte déterminer à leur place le caractère de l'école que fréquentent leurs enfants. Ce serait le cas, par exemple, si l'école tirait son caractère confessionnel ou non-confessionnel du fait qu'elle est administrée par tel ou tel type de commission scolaire : il y a lieu de toujours maintenir présente la distinction entre, d'une

part, le plan de l'enseignement — où se situe la confessionnalité — et, d'autre part, celui de la structure publique responsable de l'administration des établissements d'enseignement et participant de la neutralité de l'État lui-même » (205).

Ce passage n'est évidemment pas le droit mais illustre bien la philosophie qui semble prévaloir en matière de confessionnalité. Si on examine attentivement le projet de loi, on conviendra qu'il admet ce genre de confessionnalité et lui donne les moyens utiles à sa manifestation. En supposant que les tribunaux acceptent cette nouvelle conception de la confessionnalité, l'un des obstacles les plus sérieux à l'adoption du projet de loi se trouverait écarté et le régime de dissidence n'aurait plus sa raison d'être. Mais nous avons déjà émis l'opinion que cette possibilité, quoique non exclue, n'était pas très probable dans l'état actuel du droit.

Par l'article 587, le législateur impose l'obligation de maintenir les écoles confessionnelles et d'offrir l'enseignement confessionnel en édictant que « chaque commission scolaire doit prendre les mesures nécessaires pour que soient dispensés dans les écoles sous son contrôle, du niveau de la première à celui de la onzième année inclusivement, des cours d'études adoptés ou reconnus pour les écoles publiques catholiques, pour les écoles publiques protestantes ainsi que ceux qui sont applicables aux écoles publiques autres que catholiques ou protestantes, conformément aux dispositions de l'article 203 ». L'article ajoute que la commission doit s'assurer que les cours d'études soient conformes aux programmes et aux règlements édictés ou approuvés pour les écoles publiques catholiques ou protestantes.

Le renvoi à cet article 203 a donc pour effet de rendre applicables aux écoles publiques catholiques et protestantes les règlements édictés par les comités catholique et protestant et prévus à l'article 22 de la **loi du Conseil supérieur de l'éducation** (206). Il s'agit ici d'une garantie post-confédérative issue de la loi de 1869 qui avait modifié le Conseil de l'instruction publique (207) et accentué la division confessionnelle. Avant 1861, il n'y avait pas de garantie à l'enseignement confessionnel ; les seules qui existaient résidaient dans la confessionnalité des commissaires, dont les croyances religieuses étaient et ont été d'ailleurs fort difficiles à vérifier. Comme garantie, c'était

(205) **Supra**, note 199, v. 4, pages 41-42.

(206) S.R. 1964, ch. 234.

(207) 32 Vict., ch. 16.

mince et insuffisant. C'est pourquoi la loi de 1861, on peut le supposer, a confié au curé le choix exclusif des livres ayant rapport à la religion (art. 65(3)) et a prévu que les membres résidants du clergé étaient les premiers visiteurs des écoles communes (art. 121). C'est pourquoi aussi, nous le croyons, les comités catholique et protestant du Conseil de l'instruction publique ou du Conseil supérieur de l'éducation ont pris une telle ascendance et diminué les responsabilités d'ordre confessionnel des commissaires.

Le projet de loi numéro 28 maintient l'obligation des commissaires d'organiser des écoles confessionnelles ; il offre en outre aux catholiques et protestants de nouvelles protections. C'est ainsi qu'il oblige les commissaires à nommer deux responsables des questions religieuses, l'un pour les catholiques, l'autre pour les protestants (art. 589). Cette nomination se fait à la demande des comités catholique et protestant qui seront constitués pour chacune des commissions scolaires unifiées (art. 590). Ces comités de commissions scolaires, composés de trois membres élus par les parents membres des comités consultatifs établis pour chacune des écoles publiques catholiques et protestantes (voir arts 594 et 66), sont des comités confessionnels qui nous semblent à l'abri des interventions des commissions scolaires et du Conseil scolaire, les modalités de leur élection et de leur fonctionnement étant déterminées par les comités catholique et protestant du Conseil supérieur de l'éducation (art. 594a). Le mandat de ces comités consiste à veiller à l'application des règlements desdits comités du Conseil supérieur de l'éducation et à servir d'organes consultatifs pour la nomination des directeurs d'écoles catholiques et protestantes (art. 595).

On peut reprocher à la loi de n'être pas suffisamment explicite sur le mandat et le fonctionnement de ces comités et sur l'étendue des obligations de leurs membres. Seront-ils à temps plein ou à temps partiel ? la réponse appartient aux comités du Conseil supérieur de l'éducation. En tous les cas, la loi établit que les dépenses de fonctionnement de ces comités devront être prévues dans les budgets des commissions scolaires ; il n'y a aucune limite à telles dépenses (art. 596).

Parallèlement à ces comités, fonctionneront les comités d'écoles établis en vertu des articles 66 et suivants tels que modifiés. Ces comités d'écoles seront confessionnels ; ils seront composés de parents des enfants qui fréquentent l'école. Dans une large mesure ces comités d'écoles contrôleront celles-ci : ils stimuleront la participation à l'amélioration des services éducatifs, étudieront les mesures

susceptibles de favoriser la personnalisation de ces services et feront à la direction (208) toute recommandation propre à assurer le meilleur fonctionnement de l'école (art. 67).

Toutes ces protections attribuées à l'école confessionnelle, il faut le remarquer, sont étendues au niveau secondaire, cela contrairement à la loi de 1861 qui ne s'intéressait qu'à l'enseignement élémentaire (art. 587).

Terminons notre examen du projet de loi numéro 28 par certaines remarques concernant les garanties linguistiques qu'il offre. Ces dernières garanties, comme celles d'ordre confessionnel, ne doivent point être envisagées isolément mais en tenant compte de la **loi pour promouvoir la langue française au Québec** (209) laquelle attribue aussi des droits linguistiques en matière d'enseignement. Le projet de loi ajoute à ces droits. Il prévoit d'abord que le lieutenant-gouverneur a le loisir de nommer, en plus des quinze commissaires élus dans les commissions scolaires unifiées, deux autres commissaires lorsque la minorité francophone ou anglophone n'est pas représentée à la suite des élections ; il est à observer que ces nominations se feront après consultation des présidents des comités consultatifs d'écoles de la minorité concernée (art. 583). Il prévoit ensuite que les commissaires devront nommer deux sous-directeurs généraux, dont l'un francophone et l'autre anglophone.

En résumé le droit à l'éducation confessionnelle reçoit par le projet de loi numéro 28 une reconnaissance légale et le législateur y met en place les moyens matériels pour traduire dans la réalité ce droit fondamental. Dans l'hypothèse où les tribunaux adopteraient une interprétation évolutive de l'article 93, on pourrait aisément soutenir que ce projet de loi est conforme aux exigences de cette disposition.

(208) Cette direction, compte tenu de l'article 595, sera confessionnelle également.
(209) Lois du Québec, 1969, ch. 9.

Conclusion

Pour apprécier la validité constitutionnelle du projet de loi numéro 28 il faut se rappeler que :

1. Les garanties constitutionnelles des deux premiers paragraphes de l'article 93 portent essentiellement sur le droit à la dissidence dans ses composantes essentielles, telles que définies antérieurement ;
2. Ces garanties ne s'appliquent qu'aux écoles confessionnelles de niveau élémentaire, telles que définies antérieurement et à l'exclusion des maternelles, et la détermination de ce niveau appartient à l'autorité provinciale ;
3. Les garanties confessionnelles supplémentaires qu'offrait le système scolaire de Montréal en 1867 par rapport à celles du reste de la province n'auraient pas un caractère protégé, à l'encontre d'une loi provinciale opérant des réaménagements territoriaux justifiés ;
4. Plusieurs des commissions scolaires que le projet de loi numéro 28 a pour effet de réorganiser sont des commissions communes, qui ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle. C'est le cas par exemple de la commission scolaire de Westmount, contrôlée en fait par des protestants, et de la commission scolaire d'Outremont, contrôlée en fait par des catholiques ;
5. Dans l'état actuel du droit constitutionnel on a toujours reconnu aux autorités provinciales de très vastes pouvoirs en matière d'éducation ;
6. Le projet de loi numéro 28 est divisible ou tout au moins pourrait-on le déclarer divisible (210). Cela veut dire que si un ou plusieurs articles sont jugés inconstitutionnels, les autres peuvent être considérés comme valides.

(210) On peut prévoir la divisibilité dans le projet de loi même ou dans une loi subséquente. Sur les critères de divisibilité d'une loi, voir : **A.G. Alberta c. A.G. Canada**, (1947) A.C. 503, pages 518-519 ; **Garrick c. Point Grey**, (1927) 1 D.L.R. 446 (Cour suprême de Colombie britannique). Ainsi on pourrait juger valide le réaménagement territorial que prévoit le projet de loi, sauf quant au territoire du Montréal de 1867. Voir **supra**.

Dans cette perspective nous suggérons que le projet de loi numéro 28 est constitutionnel à sa face même, sauf en regard de son article 586 qui abolit le privilège de dissidence. Dans la mesure où l'article 30 de la loi de 1861 (211) donnait le pouvoir au gouverneur en conseil de modifier le territoire des municipalités scolaires, le projet de loi numéro 28 est valide en tant qu'il opère un tel réaménagement et crée de nouvelles commissions scolaires qui toutes se trouvent être automatiquement des commissions scolaires communes. De ce fait elles ne bénéficient d'aucune des protections constitutionnelles des deux premiers paragraphes de l'article 93.

Nous avons vu précédemment que la pierre angulaire des droits et privilèges protégés par l'article 93 consistait dans le privilège pour une minorité religieuse, catholique ou protestante, au sein d'une municipalité scolaire donnée, d'établir ses propres écoles confessionnelles. Compte tenu de la divisibilité de l'article 586 du projet de loi numéro 28 par rapport au reste de la loi, ce privilège devrait continuer de bénéficier à la minorité, catholique ou protestante, au sein de chaque municipalité scolaire nouvelle créée (212).

Si par ailleurs l'on adoptait une interprétation plus large et plus évolutive de l'article 93, suivant laquelle cette disposition ne garantirait que la confessionnalité de l'enseignement (213), le projet de loi numéro 28 deviendrait certainement constitutionnel pour les raisons déjà dites.

La création du Conseil scolaire de l'île de Montréal est une mesure législative indiscutablement constitutionnelle. Il s'agit en effet

(211) Voir **supra**, note 6.

(212) L'article 586 du projet de loi abroge les articles 574 à 580 de la **loi de l'instruction publique**, de sorte que les juifs ne sont plus considérés comme des protestants pour les fins de la loi. Il en résulterait à notre avis que si une minorité protestante décidait de faire la dissidence sous le nouveau régime, les juifs devraient eux continuer de fréquenter les écoles communes et ne pourraient enseigner qu'à celles-ci. À ce sujet notons que dans le rapport Parent il est dit que sur 63,194 étudiants dépendant à l'époque du « P.S.B.G.M. » 17,725 étaient juifs et que le pourcentage de professeurs juifs y était de 20%. **Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement** (1964), t. 2, 2ième partie, p. 225. De la même façon tous les non-protestants, fréquentant aujourd'hui les écoles protestantes, fréquenteraient les écoles communes.

(213) Nous avons émis l'opinion précédemment que cette interprétation, quoique non-exclue, était peu susceptible d'être agréée par le pouvoir judiciaire. Voir **supra**.

d'un organe post-confédéral, qui au surplus vise à contrôler les commissions scolaires communes (214). Il n'est par conséquent soumis à aucune exigence constitutionnelle quant à sa confessionnalité.

De l'étude qui précède nous pouvons dégager les conclusions suivantes :

1. Dans l'état actuel du droit positif le projet de loi numéro 28 est constitutionnel à sa face même, sauf en ce qu'il abolit pour le niveau élémentaire d'enseignement le privilège de dissidence pour les minorités religieuses, catholique ou protestante, au sein de chaque municipalité scolaire qu'il établit.

2. À plusieurs égards le projet de loi numéro 28 va même au-delà des exigences de l'article 93 A.A.N.B., notamment en ce qu'il crée des comités confessionnels dans les écoles jusqu'au niveau de la onzième année.

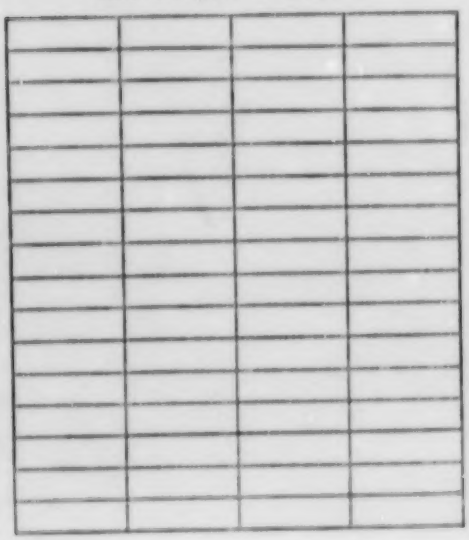
3. Il est possible de soutenir, si l'on adopte une interprétation large et très évolutive de l'article 93, que le projet de loi numéro 28 est constitutionnel sans aucune réserve.

La jurisprudence constitutionnelle, en particulier celle du Conseil privé, nous démontre qu'au Canada une législature provinciale bien déterminée n'a jamais été empêchée par la constitution d'adopter la politique scolaire que lui semblait requérir l'intérêt de la population.

(214) Entre autres auteurs Me Guy Houle a déjà émis l'opinion que la nomination de juifs au « P.S.B.G.M. » était inconstitutionnelle car les protestants « ont en effet un droit garanti d'être placés sous la juridiction de personnes de leur religion » (**supra**, note 42, p. 141). Cette opinion est trop catégorique. En effet il s'agit là d'un organisme post-confédéral qui à ce titre n'est pas protégé par l'article 93. Au surplus rien ne l'empêcherait d'hériter des vastes pouvoirs des personnes ou organismes non-confessionnels dont l'existence était prévue dans la loi de 1861, notamment : le conseil d'instruction publique, le surintendant de l'éducation, les inspecteurs d'écoles et les bureaux d'examinateurs (sauf celui du Montréal de 1867). Et même si l'on admettait que certains pouvoirs attribués au « P.S.B.G.M. » le sont inconstitutionnellement, comme ayant appartenu aux commissions locales en 1867, en raison de la participation des juifs à cet organisme — par exemple l'engagement de professeurs — ce ne serait le cas que quant aux commissions scolaires dissidentes et non quant aux commissions communes, comme celle de Westmount. En considération de tout ce qui précède, il est possible de donner au « P.S.B.G.M. » de très vastes pouvoirs et de ne le soumettre à aucune exigence en matière de confessionnalité. Au reste même les écoles dissidentes pourraient trouver commode de déléguer certains pouvoirs à la commission centrale, en particulier celui d'engager des professeurs. Le raisonnement que nous venons d'exposer s'applique évidemment aussi au C.E.C.M., **mutatis mutandis**.

Dir. gén. de la Planification

Ce volume doit être rendu à la dernière date indiquée ci-dessous.



MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION
DIRECTION GÉNÉRALE DE
LA PLANIFICATION

L'Éditeur officiel du Québec,
Roch Lefebvre

$1.00

FIN